

Documento TOL6.932.362

Doctrina

Título: LIBER AMICORUM. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco

Autores: [José Luis Díez Ripollés](#), [Carlos Martínez Buján Pérez](#), [Esther Hava García](#), [Guillermo Portilla Contreras](#), [Mercedes Alonso Álamo](#), [Víctor Roberto Prado Saldarriaga](#), [María José Rodríguez Mesa](#), [Diana Patricia Arias Holguín](#), [Julia Cano Valero](#), [Juan Oberto Sotomayor Acosta](#), [Iván Meini](#)

Fecha: 11/2018

Número epígrafe: 1

Título epígrafe: Capítulo 1. La investigación en Derecho penal

TEXTO:

I. ESTUDIOS DE PARTE GENERAL

1. La investigación en Derecho penal

Investigar en derecho penal: las enseñanzas de un Maestro

Esther Hava García

Catedrática de Derecho Penal

Universidad de Cádiz

I. PUNTO DE PARTIDA

«Investigar en derecho penal es, en primer lugar, estudiar para conocer. Pero la aventura de conocer no es un juego aséptico o sin sentido, se pretende conocer más y mejor para dar con las respuestas adecuadas a los retos que la problemática social nos lanza cada día. Agotados los modelos en los que el estudioso, encerrado en su torre de marfil, devoraba bibliotecas para construir un impecable *puzzle* dogmático, perfectamente inane por su alejamiento de la realidad, pero siempre, en su exquisitez, funcional al poder; hoy se exige que la investigación sobre la *cuestión penal* detecte y jerarquice problemas, diseñe estrategias pluridisciplinarias para afrontarlos --inclusivas, es obvio, de la dogmática más depurada--, integre saberes y profesionales que sometan la valoración jurídica y la decisión política al contraste del dato empírico, y que ofrezca a la sociedad --para la que el investigador trabaja-- soluciones que, en el marco del Estado de Derecho, den cumplida respuesta preventiva a la desviación y al crimen. Si la investigación requiere invertir recursos colectivos para llegar al conocimiento, a la innovación corresponde invertir el conocimiento alcanzado y rentabilizarlo en términos de beneficio social» ¹.

Son palabras de mi Maestro, que resumen una concepción de lo que significa investigar en el campo de la dogmática jurídico penal de la que, creo, somos tributarios todos los que formamos parte de su Escuela. Es la concepción que, como no podía ser de otro modo y por fortuna, ha influido fuertemente en mi propia noción de qué es investigar en derecho penal, la cual a su vez está claramente condicionada por el marco en el que desarrollo mi actividad profesional (la Universidad) y por ello también presidida por una máxima que quizá resulte manida, pero que no ha perdido su vigencia: no es posible ofrecer una docencia de calidad sin el respaldo de una investigación de calidad.

En la Universidad, estudiamos (investigamos) para saber más, pero también para transmitir más. El conocimiento que aporta la investigación no puede (ni debe) ser aséptico o hermético. La investigación en derecho penal llevada a cabo en el ámbito universitario cumple una función social: la de aportar conocimientos e instrumentos válidos para que otros entiendan los complejos problemas (normativos, pero también sociales, políticos, económicos) que se esconden tras la promulgación y aplicación de las normas penales. Conocimientos e instrumentos válidos para que algunos puedan

reflexionar sobre esos problemas y, quizá, hallar las respuestas que a nosotros se nos resisten. También la dogmática jurídico penal puede ser un arma cargada de futuro.

Ya no es una opción, sino una necesidad, romper los muros de esa torre de marfil en la que con cierta frecuencia se encierra el investigador en derecho penal, entusiasmado por el juego que dan las piezas del *puzzle* dogmático, pero irremediabilmente aislado de lo que le circunda. Esta actitud es si cabe más tentadora cuando de abordar estudios sobre teoría del delito se trata. El análisis de los elementos de la infracción penal conlleva una indudable complejidad que apasiona, cuando no obsesiona, al estudioso del derecho penal enamorado de su profesión, quien imperceptiblemente comienza a abrigar esperanzas de dar con un sistema dogmático perfecto, capaz de superar las incoherencias de otros y de explicarlo todo: cómo, por qué y para qué se castiga. Sentado en su mesa de trabajo durante interminables horas, con la sola compañía de innumerables textos que reflejan las más diversas teorías dogmáticas, el penalista que sueña con elaborar el modelo perfecto que lo explique todo puede caer fácilmente en la trampa de obviar, o incluso de olvidar, la realidad².

Pero la función social que desempeña la investigación en derecho penal no se agota en la mera transmisión de conocimientos al estudiante. Ha de apoyar la tarea del juzgador y del legislador, al menos cuando éstos lo permiten³. En el mundo convulso y globalizado en el que vivimos, de vez en cuando el creador y el aplicador del derecho buscan novedosas tesis dogmáticas, estudios criminológicos o propuestas político criminales (investigaciones penales, en definitiva) para afrontar problemas nuevos que los postulados tradicionales ya no son capaces de resolver, o que parecen arcaicos por alejados de las modernas tendencias en la ciencia penal. En otras ocasiones, esa búsqueda se realiza tan sólo para encontrar una coartada válida que permita vestir con los ropajes de la autoridad doctrinal una respuesta penal simbólica, llamativa y por ello popular, aunque carezca de lógica, utilidad y eficacia; es uno de los riesgos que atribuye SCHÜNEMANN al «excesivo refinamiento dogmático cuando los verdaderos problemas sistemáticos ya han sido discutidos hasta llegar a una solución, cuando todos los argumentos importantes han sido encontrados y expresados y la discusión, sin embargo, sigue girando en círculos. La jurisprudencia selecciona, a partir de allí, de entre las innumerables variantes dogmáticas, como si se tratara de una tienda con mercaderías variadas, el esbozo que casualmente se ajusta al resultado deseado»⁴.

¿Cómo pueden coexistir doctrina, labor legislativa y jurisprudencia, relacionarse y aun influirse mutuamente, sin llegar a traicionar cada una sus propios fines? Es posible que no exista una panacea. Pero sí es dable exigir al dogmático una cierta responsabilidad para que el sueño de la razón no produzca monstruos: que salga de su aislamiento, que mida las consecuencias que pueden producir en la práctica, para personas concretas, sus elucubraciones de despacho. Esta exigencia de responsabilidad, este «deber de cuidado», es aún si cabe más acuciante en los tiempos que nos ha tocado vivir, en los que la verdadera investigación en derecho penal (la comprometida con la realidad) es concebida como un lujo cultural por los llamados neutrales que, lavándose las manos, se desentienden y evaden de lo que provocan con lo que escriben.

II. QUÉ INVESTIGAR

¿Qué debe investigar un penalista? La respuesta, como señala TERRADILLOS BASOCO, se impone por sí sola: todos los elementos que permitan lograr el resultado pretendido por el investigador, que no debe ser otro que la búsqueda de soluciones a uno de los diversos problemas que plantea la «cuestión penal». Obviamente el abordaje de ese concreto problema podrá parecer más o menos ambicioso, en función de la relativa complejidad que suscite la materia de estudio, pero en todo caso deberá encaminarse a lograr resultados que sean contrastables y, sobre todo, útiles. Y ello con independencia de que se trate de una investigación puramente dogmática (que persiga una respuesta aplicativa --de los jueces-- o legislativa --de los parlamentos--, reflejada en sentencias o cambios normativos) o de una investigación criminológica (que sale de las bibliotecas universitarias para adentrarse en otros territorios --la prisión, el barrio marginal, el despacho del delincuente de cuello blanco--) cuyo objeto requiere del empleo de otras metodologías: «Si el objetivo es exhumar las posibilidades interpretativas de un precepto o un conjunto de preceptos del Código Penal, la investigación tiene un objeto limitado, de investigación dogmática *stricto sensu*, cuya naturaleza impone una determinada metodología. Si el objetivo es dar una respuesta más adecuada a la delincuencia que ese precepto o conjunto de preceptos castiga, la investigación -- *lato sensu*, I+D+i, comprensiva de alternativas a desarrollar, procedimientos a implantar, e incluso objetos a producir (p. ej., instrumentos telemáticos de control, establecimientos penitenciarios)-- ha de ser de más amplio recorrido y, en consecuencia, está obligada a recurrir a pluralidad de métodos... Investigación

es, y puede ser investigación de altura, tanto la puramente dogmática como la que, tomándola como punto de partida, termina por diseñar e implementar estrategias político-criminales o, incluso, político-sociales de amplio espectro»⁵ -.

Desde luego, no podrá decirse que la realidad que nos rodea se muestre parca en posibilidades a la hora de determinar qué investigar desde la perspectiva penal. De hecho, quizá lo más difícil sea precisamente decantarse por una de esas posibilidades, en un contexto marcado por las constantes reformas legislativas de nuestro ordenamiento penal (que llegan a dificultar no ya la comprensión, sino el mismo conocimiento, de la norma vigente en cada instante)⁶ -; los frecuentes pronunciamientos internacionales que influyen en los diferentes sistemas punitivos internos (de un modo más o menos intenso, dependiendo tanto de la materia regulada como del organismo regulador) o que crean otros, con vocación universal⁷ -; y, sobre todo, los enormes cambios en la fisonomía del trinomio delincuente-víctima-Estado que han provocado factores tales como, por ejemplo, el desarrollo del capitalismo transnacional, la sociedad globalizada, las tecnologías de la información y telecomunicación (TICs) o las políticas neoliberales de las últimas décadas⁸ -.

El amplio abanico de posibilidades de estudio que suscitan esos cambios normativos y sociales hace que buena parte de las investigaciones penales contemporáneas se centren en el análisis de cuestiones tales como, por ejemplo, los efectos producidos por las modificaciones legales de tipos penales clásicos en la fisonomía delincuencia tradicional (delitos contra la vida, patrimoniales, sexuales, etc.) o en el examen de los numerosos retos que plantea la nueva delincuencia (delitos socioeconómicos, cibercrímenes, etc.). Tampoco escasean las investigaciones centradas en el análisis de cuestiones de parte general que han irrumpido con fuerza en el panorama normativo de los últimos tiempos, como la responsabilidad penal de las personas jurídicas o el tratamiento punitivo de las nuevas manifestaciones de criminalidad organizada.

Cualquiera de esas materias de investigación, junto a otro sinnúmero de temas, presenta indudables atractivos para el penalista, pero también un importante riesgo: el de alumbrar respuestas parciales que parecen idóneas si el concreto precepto o fenómeno se analiza aisladamente, pero que pueden crear fuertes tensiones cuando tratan de engarzarse con los pilares básicos del sistema punitivo en su conjunto. La propia responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuya necesidad hoy es admitida de forma prácticamente unánime, constituye un buen ejemplo de la compleja problemática que plantea la integración de nuevas instituciones en un ordenamiento punitivo que fue pensado para individuos de carne y hueso, y que ha sido interpretado durante siglos conforme a categorías y principios tales como el concepto de acción, la responsabilidad por el hecho, la personalidad de las penas o la resocialización⁹ -.

Para evitar el riesgo de llegar a conclusiones disfuncionales con el resto del sistema, el penalista ha de ser consciente de dos necesidades: En primer lugar, antes de afrontar cualquier investigación sectorial, debe contar con un modelo metodológico y conceptual con fuertes cimientos, lo suficientemente sólido como para resistir los embates de las nuevas exigencias normativas y sociales, pero también lo suficientemente flexible como para adecuarse a esas exigencias sin quebrarse. En segundo lugar, el penalista debe someter a crítica constante no sólo la concreta materia que investiga, sino el propio modelo que ha tomado como punto de partida, con el fin de que sus conclusiones sean coherentes con los objetivos marcados¹⁰ -.

III. PARA QUÉ INVESTIGAR

Si se prescinde de ciertas motivaciones espurias que puede perseguir en ocasiones la investigación en derecho penal, la pregunta de «para qué investigar» sólo puede hallar una respuesta: se investiga para conocer, comprender y mejorar el sistema punitivo. Lo que implica a su vez el interrogante fundamental que debe hacerse todo penalista antes de emprender cualquier investigación dentro de su disciplina: ¿Para qué sirve el sistema punitivo?

La respuesta a ese interrogante va a estar, como no puede ser de otro modo, fuertemente condicionada por los principios fundamentales del modelo de Estado en el que vive y desarrolla su trabajo el penalista. Pero también lo estará, debe asumirse, por la propia concepción ideológica que se mantenga respecto del sistema punitivo que le ha tocado en suerte. Así por ejemplo nuestro modelo de Estado permite sostener, aunque con ciertas tensiones, tanto una posición expansionista (que, en sintonía con las tendencias del neo-retribucionismo¹¹ -, se preocupa más por la seguridad y la persecución eficaz del delito), como un enfoque garantista¹² - (que da prioridad al análisis de los

derechos fundamentales que son sacrificados o puestos en riesgo con cada nueva norma penal promulgada).

Si es cierto que «el Derecho penal es fruto de una determinada ideología, lo que no es óbice para incorporar el valor de la racionalidad que se deriva del sometimiento a crítica del *ius puniendi* y de la verificación de las posiciones teóricas sobre las que se sustenta y legitima»¹³ —, también lo es que las investigaciones penales resultan permeables a la ideología personal (o incluso a la presunta ausencia de ideología) de quienes las realizan. Es algo inevitable por la propia naturaleza «sensible» que posee la materia a investigar. Pero precisamente por ello el penalista no debe «esconder» los presupuestos ideológicos de los que parte bajo el ropaje de sus argumentaciones científicas. Antes al contrario: su ideología debe resultar bien visible y separable del silogismo jurídico, so pena de caer en la irracionalidad, la demagogia o la falacia. En derecho penal, como en cualquier otra rama del Derecho, casi siempre caben varias soluciones formalmente válidas para un mismo problema. Y cuando el penalista se ha decantado por una de ellas en coherencia con los presupuestos ideológicos de los que parte (lo que se traducirá en propuestas retribucionistas, garantistas, abolicionistas, etc.), el receptor de los resultados de la investigación (ya sea juez, legislador, alumno o la propia academia) debe saberlo. Tiene derecho a saberlo.

En esencia, la ideología personal del investigador en derecho penal le llevará en un primer momento a elegir una de las dos grandes alternativas existentes a la hora de definir las funciones que cumple la pena: la retribución y la prevención. En esa tesitura, muy probablemente el modelo de Estado Social y de Derecho que preside nuestro ordenamiento hará que se decante al menos en teoría por la segunda alternativa, pues difícilmente podrá sostenerse una posición retribucionista absoluta que resulte racionalmente compatible con dicho modelo. No obstante, aun quedarán varias opciones a la hora de perfilar su personal concepción sobre la finalidad perseguida por el sistema punitivo a través de la prevención. Pues desde una perspectiva supuestamente preventivista puede mantenerse que el fin del derecho penal es, por ejemplo, la tutela eficaz del conjunto de derechos fundamentales y bienes jurídicos esenciales de los ciudadanos; pero también que lo es la defensa del ordenamiento jurídico y el restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. La decisión que adopte en este contexto estará, en definitiva, condicionada por su propia ideología y formará parte de los cimientos sobre los que construir el marco conceptual y metodológico que guiará sus futuras investigaciones.

Llegados a este punto, resulta perfectamente asumible la respuesta que da TERRADILLOS BASOCO al interrogante planteado, si bien con el añadido de ciertos matices: ¿Para qué investigar? «Para aportar elementos (jurídicos, filosóficos, políticos, psicológicos, económicos, etc.) que puedan alumbrar innovadoras y mejores estrategias preventivas»¹⁴ —, acordes con la posición ideológica de la que se parte respecto de las funciones que ha de cumplir el sistema punitivo y respetuosas con los principios generales que inspiran nuestro modelo de Estado.

IV. CÓMO INVESTIGAR

Las páginas anteriores han pretendido poner de manifiesto algo que, por lo demás, parece evidente: el objeto principal de estudio en derecho penal es, ante todo, Derecho, y la labor investigadora debe emprenderse siendo consciente de los fuertes condicionantes (sociales, políticos e ideológicos) a los que está sujeto el contenido de nuestra disciplina. El hecho de que el penalista en el desarrollo de su labor haya de tomar como punto de referencia ineludible todo un complejo de normas jurídico-positivas, indica la necesidad de que éste maneje una metodología de trabajo específica, y de idoneidad probada, para su comprensión y elaboración teórica; y ese instrumento es la dogmática.

En efecto, tradicionalmente se ha venido entendiendo que investigar en derecho penal es aplicar al estudio de las leyes un método riguroso, el dogmático, que es el que ha permitido la elaboración de una teoría del delito capaz de sistematizar e interpretar las disposiciones legales, los pronunciamientos jurisprudenciales y las opiniones doctrinales; un método que, cuando consigue superar la asepsia de lo meramente formal o puramente metafísico (la torre de marfil de la que habla TERRADILLOS BASOCO) sirve no sólo para garantizar en el interior de las aulas el rigor exigible a la actividad docente, sino también para proporcionar a los destinatarios de la norma y a sus aplicadores una imagen nítida de los límites entre lo prohibido y lo permitido, entre lo que es delito y lo que no lo es¹⁵ —.

En esencia, la dogmática formula las directrices necesarias para la resolución de problemas jurídico-penales a un nivel de abstracción medio, situado entre la ley y el supuesto de hecho. Para ello busca la respuesta a cuestiones concretas en reglas susceptibles de ser generalizadas, a fin de

facilitar una mejor comprensión de conceptos y figuras que no han recibido una concreta definición jurídico-positiva; así ocurre, por ejemplo, con la expresión «infracción del deber de cuidado», que fue acuñada doctrinalmente y posteriormente asumida por la jurisprudencia, con el objeto de ofrecer una imagen más completa y precisa del término legal «imprudencia» ¹⁶.

Todo lo que la dogmática produce se presenta luego en un orden coordinado y «transparente», el cual, como señalaba HASSEMER, puede ser invocado «por quien, partiendo de la ley, quiere rellenar el marco formulado abstractamente, y por quien, partiendo del caso, busca las reglas más generales que son válidas para "casos de la misma clase"» ¹⁷. De este modo, sólo podrá afirmarse que la tarea de la dogmática jurídico-penal es la interpretación de las normas penales positivas si se emplea el término «interpretación» en su acepción más amplia, esto es, incluyendo lo que constituye la propia elaboración del sistema ¹⁸.

Pero ni siquiera la interpretación, como primera fase del método dogmático, responde a la pureza del silogismo ¹⁹, pues como ya se ha dicho es inevitable la existencia en el intérprete de todo un conjunto de valoraciones previas que condicionan el sentido de su trabajo: «la lógica jurídica se presenta así no como lógica formal, sino como una argumentación que depende de la manera en que su autor concibe su misión y de la idea que se hace del Derecho y de su funcionamiento»; esa labor «creativa» del intérprete se manifiesta ante todo en el vasto dominio de los conceptos jurídicos indeterminados, los elementos normativos, las cláusulas generales, etc., supuestos en los que a menudo la concreta técnica hermenéutica a emplear es seleccionada a partir de la previa valoración de los resultados a que puede conducir ²⁰.

Ello es así porque, junto a la irremediable referencia a los datos empíricos, aparecen en la creación y estudio del derecho penal, como protagonistas de primer rango, las cuestiones axiológicas; lo que impide no sólo al investigador y al docente, sino también al propio legislador, aspirar válidamente a la obtención de verdades absolutas e inmutables. La verdad «jurídica» constituye, como en otras ciencias, «una verdad parcial y provisional, dependiente, en definitiva, del consenso de los miembros de la comunidad científica en un momento dado» ²¹; en este contexto, el grado de consenso científico obtenido dependerá fundamentalmente de la solidez y racionalidad de los argumentos empleados tanto en la elaboración teórica ²² como en la aplicación práctica, parámetros que ayudarán a determinar el grado de coherencia interna alcanzado por cada sistema, sometiendo la argumentación dogmática a controles ciertos y fiables ²³ en sus diferentes niveles: desde la selección de las premisas valorativas que sirven de fundamento al sistema, hasta la formulación de las concretas soluciones que se proponen para conceptos y estructuras problemáticos ²⁴.

Por otro lado, la renuncia a la consagración de verdades absolutas no implica conformarse con la corrección formal de los procesos de argumentación, so pena de olvidar que el legislador dicta normas penales para resolver determinados conflictos de intereses que no desaparecen por el hecho de que el intérprete, encerrado en un análisis meramente formal de la realidad jurídica, renuncie en apariencia a estudiarlos y, con ello, a ejercer toda función de crítica del sistema. Conviene insistir en un dato, en mi opinión, incuestionable: tanto la actividad legislativa como la labor interpretativa son reflejo de una concepción global, más o menos científicamente fundada pero, sobre todo, transida de ideología; buena prueba de ello, recuerda TERRADILLOS BASOCO, es la estrecha relación que se ha venido estableciendo desde siempre entre paradigma político y método de la ciencia del derecho penal: «la dogmática de BELING es traducción, en nuestra disciplina, del originario modelo liberal, como las aportaciones metodológicas de LISZT lo son del Estado social de Derecho, o la criminología crítica es reflejo del intento de incorporación del marxismo al análisis de los fenómenos sociales y, más en concreto, a la cuestión criminal» ²⁵. Parecidas consideraciones pueden hacerse, por ejemplo, respecto de las contribuciones dogmáticas presuntamente «apolíticas» de MEZGER al sistema penal de la Alemania nazi ²⁶, o de las razones «pragmáticas» que justifican la distinción entre «Derecho penal del ciudadano» y «Derecho penal del enemigo» ²⁷, expresión esta última acuñada por JAKOBS ²⁸ para referirse a un modelo punitivo que guarda más relación con los postulados de los sistemas penales de ciertos estados totalitarios de las que sus seguidores están dispuestos a admitir ²⁹. En cualquier caso, el modelo estatal constitucionalmente conformado determinará el ámbito susceptible de ser regulado por el legislador penal, así como las condiciones y circunstancias

esenciales en que ha de ejercerse tal potestad punitiva. En consecuencia, cualquier intento de interpretación y de construcción jurídica científica habrá de desarrollarse dentro de los confines de ese modelo, y con la mayor o menor «libertad de movimientos» que éste permita; lo que en última instancia significa que, incluso la parte de nuestra disciplina en principio más necesitada de elaboración dogmática (la teoría del delito y de la pena), deberá someterse a las concretas exigencias constitucionales.

Pero el esfuerzo por conectar el método dogmático con el estatal conformado por la Constitución española de 1978 no es una mera labor técnica, sino que posee un profundo significado político, y también ideológico, que va más allá de la «materia prima» aportada por el Texto Fundamental. La dogmática, al tratar de asegurar la correspondencia entre la resolución judicial y el programa de decisiones del legislador que se materializa en las disposiciones legales, garantiza la unión de los diferentes subsistemas que integran el sistema jurídico y persigue dos objetivos esenciales, íntimamente relacionados con los postulados axiológicos establecidos constitucionalmente: por un lado, favorecer una aplicación igualitaria, segura y previsible de las normas positivas; por otro, evitar que dicha aplicación se realice de espaldas a la función que el derecho penal pretende cumplir³⁰, y al contexto social que pretende ordenar. La exacta configuración de la función otorgada al modelo punitivo, delimitada conforme a los parámetros constitucionales pero también transida de la ideología, se traducirá en el sistema dogmático asumido por el investigador y en su comprensión de la realidad jurídica; la concreta interpretación de los diversos datos que conforman el contexto social en que las leyes penales deben aplicarse estará, a su vez, condicionado por los instrumentos metodológicos que se empleen para acercarse a la realidad empírica.

Hacia una dogmática jurídico penal como sistema abierto

María José Rodríguez Mesa

Profesora Titular de Derecho Penal

Universidad de Cádiz

«Sólo desde la facticidad, el ejercicio del Derecho punitivo puede quedar socialmente legitimado»

Juan. M. Terradillos Basoco

I. INTRODUCCIÓN

Afirma JUAN TERRADILLOS que «*preventismo y garantismo no sólo pueden caminar juntos, sino que éste carecería de sentido sin aquél*»³¹. El diseño de estrategias preventivas --que ha de ser un diseño global--³² presupone una necesaria vinculación del Derecho penal con la realidad social que disciplina, lo que implica la renuncia a un pensamiento estrictamente sistemático en el que no tengan cabida las valoraciones metajurídicas.

Ello no significa, sin embargo, ni la adscripción a una postura tópica, ni la renuncia a la elaboración de un sistema. De lo que se trata es, precisamente, de orientar el sistema hacia el problema: de configurar sistema abiertos a la realidad, al caso concreto y a las necesidades de política criminal, con sus consiguientes implicaciones en el alcance y significado de todas las categorías y elementos del sistema³³. Advierte DÍEZ-RIPOLLÉS en este sentido, de la urgencia de profundizar en la elaboración de una teoría y una técnica de legislación penales que sientan claramente los presupuestos materiales, y no solo formales, de cualquier decisión legislativa penal³⁴.

Esa tarea solo podrá realizarse asumiendo, como nos ha enseñado el profesor TERRADILLOS con su ejemplo, una visión interdisciplinaria del fenómeno criminal, «*que nos permita, dinámicamente, encontrar respuesta a situaciones reales que no solo son cambiantes, sino también dramáticas*»³⁵.

II. EL MÉTODO TELEOLÓGICO-VALORATIVO COMO PUNTO DE PARTIDA

Considerada como punto de partida del moderno pensamiento teleológico-funcionalista, el *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* propuesto por ROXIN pretende superar las barreras existentes entre el Derecho penal y la Política criminal mediante la configuración de aquél a partir de las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena. Desde esta perspectiva se construyen los distintos elementos del delito, asignando a cada uno de ellos alguna finalidad político-criminal. Al contemplarse lo normativo desde su dimensión social se aspira a hacer del sistema un instrumento válido para la solución satisfactoria (político-criminalmente) de los problemas reales de la sociedad. Así, se propone un sistema jurídico penal que no prescinde del pensamiento sistemático, pero que tampoco se encuentra determinado por concepciones ontológicas. La dogmática penal aparece, pues, como un sistema abierto, y por tanto, en continua renovación y creación. La dogmática se convierte en un camino de ida y vuelta, estos inductivo y deductivo, al configurarse como un sistema abierto

que puede ir siendo reformulado en sus bases. En consecuencia, y como advierte TERRADILLOS BASOCO, la dogmática puramente conceptual y formal deja paso a una dogmática crítica e integradora, con una sólida base político-criminal³⁶. Desde esta perspectiva, señala GARCÍA RIVAS, « la política criminal no diseña --sólo-- el Derecho penal futuro, sino que define el Derecho penal presente, cuya textura es permeable a consideraciones político-criminales»³⁷.

Este planteamiento ha supuesto una importante y valiosa aportación para la dogmática jurídico-penal. Como advierte TERRADILLOS BASOCO, sin estos requerimientos preventivos el edificio entero carecería de justificación³⁸. Pero además, sólo al abandonar un planteamiento estrictamente positivista y al abrir al intérprete a los imperativos, inevitablemente creadores³⁹, de la política criminal se consigue la construcción de una ciencia ágil y dinámica, crítica y creadora, en definitiva, abierta --con el sólido respaldo que le proporcionan sus bases constitucionales-- para convertirse en el sustento de la ciencia penal contemporánea.

De signo muy diverso es, por supuesto, la dirección funcionalista propuesta por JAKOBS. Aquí la normativización de los conceptos no va dirigida a abrir la puerta a consideraciones político-criminales. El Derecho penal no es funcional a unos fines, sino a la propia sociedad, y en esa medida es concebido como un instrumento de estabilización social, de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas⁴⁰. Esto rompe con la tesis de ROXIN, puesto que en una justicia que alcanza su fin mediante su mera existencia, no hay lugar para una política-criminal en el sentido de acreditación y control a través de persecución de fines demostrables⁴¹.

Es evidente que, desde el momento en el que el Derecho penal deja de tutelar bienes jurídicos para proteger funciones, la teoría sistémica expresa una evidente contradicción con el modelo de Derecho penal mínimo y garantista, como el que se deriva de nuestra Constitución. Pero, además --y desde la perspectiva estrictamente metodológica--, desde el momento en el que se trata de ofrecer una sistematización del Derecho penal vigente que resulte plenamente explicativa del mismo, se corre el riesgo desde el punto de vista político y político-criminal de que sus esquemas respondan a designios claramente conservadores del *status quo* legitimadores de cualquier sistema social. Esto es, la dogmática jurídico-penal dejaría de cumplir su función crítica, y en consecuencia, la de garantizar los derechos del individuo frente al poder arbitrario del Estado⁴².

Si, como advierte TERRADILLOS BASOCO, « sólo la idea de disfuncionalidad respecto a la estructura social es el criterio determinante del ejercicio del *ius puniendi*, pueden subordinarse las necesidades del individuo a las sociales hasta el extremo de estar justificada la eliminación de los seres humanos inútiles o molestos, por ser ésta "funcional"»⁴³.

III. DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL Y CIENCIAS SOCIALES

El conocimiento de la realidad jurídica no puede limitarse, como nos recuerda TERRADILLOS BASOCO « a la construcción de un universo conceptual en el que cada disposición legal ocupe un lugar preciso, de contornos bien definidos e interrelaciones prefijadas. La norma jurídico-penal cualquiera que sea el concepto que de la misma se maneje, tiene vocación de trascendencia: está tendencialmente dirigida a dar respuesta a situaciones reales de conflicto. Es por ello por lo que toda pretensión de conocimiento del Derecho ha de tener también presente una perspectiva funcional, analizando la corrección de las opciones legislativas e interpretativas no sólo con criterios internos a la propia norma, sino en base al cotejo entre la función que a la norma se le asigna, la que desempeña y la que puede desempeñar»⁴⁴.

Es evidente que en la actualidad no cabe que el dogmático ignore en su labor los datos de la realidad, pues lo contrario implica marginar toda la vertiente práctica de su ciencia⁴⁵. Será difícil que el juez acierte en su decisión del caso concreto --y que tengan éxito los programas de prevención del delito y resocialización del delincuente-- si se carece de los conocimientos científicos más elementales sobre el problema criminal⁴⁶.

En el necesario acercamiento de la dogmática jurídico-penal a las ciencias sociales se precisa, no obstante, una actitud prudente ante las aportaciones de las ciencias extrajurídicas⁴⁷, dado que, como advierte GARCÍA-PABLOS el objeto, método y necesidades a las que respectivamente se orientan, no coinciden⁴⁸. En efecto, el Derecho penal precisa del conocimiento de la realidad, pero no se puede ignorar que su papel sobre tal realidad es principalmente el de proceder a su valoración desde

los criterios del ordenamiento jurídico. Así, el contenido del Derecho penal --aun teniendo por objeto datos de la realidad-- es un contenido valorativo desde el punto de vista del Derecho que en modo alguno puede ser sustituido por meras constataciones empíricas o valoraciones de la realidad elaboradas desde fuera del sistema penal.

Por otra parte, es obvio que la apertura hacia la realidad es, hoy por hoy, una exigencia metodológica acorde con el proceso de evolución del pensamiento filosófico y jurídico. Por lo que no es de extrañar, « *que igual giro hacia lo concreto, hacia la realidad social, se acuse, también, en la metodología penal* »⁴⁹. No se trata, desde luego, de convertir al Derecho penal en una técnica social ni de trasladar métodos como el sociológico al ámbito de la dogmática jurídico-penal. En este sentido, es preciso huir del sociologismo de quienes emplazan el Derecho en el terreno neutro y relativo de los sistemas sociales, preocupados solo de la funcionalidad o disfuncionalidad para los mismos de las diversas condiciones, olvidando así, que el ámbito específico del Derecho es el de lo normativo y el de las valoraciones⁵⁰. Pero, tampoco, de seguir anclados en el dualismo metodológico de VON LISZT, en el que la ciencia del Derecho penal era concebida como una ciencia «puramente sistemática» en la que, por supuesto, no tenían cabida las valoraciones propias de la política criminal. La ciencia del Derecho penal no puede ni debe desarrollarse ni evolucionar de espaldas a la realidad, lo que, a su vez, implica también el acercamiento del método lógico-deductivo a los métodos propios de las ciencias sociales. Ahora bien, la aproximación de la ciencia penal a la realidad y la metodología interdisciplinaria encuentran su límite en la función valorativa («deber ser») y no meramente descriptiva («ser») que corresponde a la Ciencia del Derecho penal como ciencia eminentemente jurídica. De los riesgos del eventual abandono de la dogmática jurídico-penal en aras de otras ciencias que también se ocupan del fenómeno criminal nos advierte GIMBERNAT cuando señala que «*si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería*»⁵¹.

IV. LA OBSERVACIÓN DE LA REALIDAD COMO BASE PARA LA CORRECTA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE ACTUACIÓN DEL DERECHO PENAL

Como afirma TERRADILLOS BASOCO, el sistema penal no se agota en la ley penal, por lo que su valoración no se puede realizar en el plano de la pura normatividad, ignorando lo fáctico⁵². En la medida en que la Criminología se enfrenta al delito como fenómeno real, y se sirve de métodos empíricos para examinarlo, proporciona a la Dogmática jurídico-penal la base empírica precisa para su acercamiento a la realidad.

Si, como dice MUÑOZ CONDE, « *no quiere hacerse un Derecho penal de espaldas a la realidad, deberán tenerse muy en cuenta los conocimientos que sobre esa realidad la Criminología ofrece* »⁵³. La función de la Criminología es aportar un núcleo de conocimientos verificables empíricamente sobre el delito, el delincuente, la víctima y el control social del comportamiento desviado⁵⁴. Para ello se sirve de un método empírico, es decir se basa en la observación del mundo que nos rodea, y establece hipótesis a partir de estas observaciones. Las discrepancias entre los métodos empírico y dogmático ponen de manifiesto, como subrayan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, la división del panorama actual de la ciencia del Derecho penal en dos grandes ramas o tendencias: «*la orientación criminológica se ocupa del delito como fenómeno social y biopsicológico, analizando sus causas y proponiendo remedios para evitarlo, prevenirlo o controlarlo; la orientación jurídica estudia el delito y sus consecuencias como un fenómeno jurídico regulado y previsto por normas jurídicas que hay que interpretar y aplicar. La orientación criminológica se sirve en su investigación de métodos sociológicos o antropológicos, según el carácter social o individual de su enfoque, o de ambos conjuntamente. La orientación jurídica emplea un método técnico-jurídico o dogmático que sirve para interpretar y sistematizar las normas jurídicas que se refieren al delito y a sus consecuencias*»⁵⁵.

En los intentos por coordinar la relación entre Criminología y Dogmática penal no puede olvidarse, pues, que constituyen dos planos distintos, uno del «ser» y otro del «deber ser». El ser no deriva del deber ser, ni éste del ser, así que la atribución de responsabilidad --que es un criterio normativo-- no puede fundamentarse solo en los datos de la naturaleza⁵⁶. La distinción entre los ámbitos criminológico y dogmático no debe llevar, sin embargo, a la ruptura de los nexos que relacionan ambas disciplinas⁵⁷; de lo que se trata es, como pone de relieve ROXIN, de lograr la efectiva

integración de los conocimientos jurídicos y criminológicos sin que esto suponga la pérdida de la necesaria autonomía que ha de poseer cada una de las distintas ciencias penales ⁵⁸.

La Criminología delimita y critica el concepto legal de delito desde los datos que le aportan su observación y análisis de la realidad. Solo desde esta perspectiva la Criminología podrá deducir las consecuencias críticas sobre el concepto de delito mantenido en el Derecho penal vigente y ejercer así una función político criminal que permita al legislador futuro configurar un concepto jurídico de delito acorde con las concepciones dominantes en la sociedad ⁵⁹.

Frente a la orientación etiológica que caracterizaba a la Criminología desde que irrumpe en el panorama científico, ya a principios del siglo XX comienza a atisbarse que el fenómeno criminal era mucho más complejo de lo que suponía, y que no parecía existir una explicación satisfactoria para su origen y manifestaciones, destacándose así que la intervención penal para prevenir y controlar la delincuencia carecía de bases firmes en las que apoyarse.

La Criminología de índole etiológica estudió la criminalidad a partir de los datos suministrados por las estadísticas oficiales y sobre la población recluida en los establecimientos carcelarios o sometida a algún otro tipo de control penal. Pero las estadísticas oficiales no reflejan la criminalidad real. Es decir, son muchos más los delitos cometidos que los conocidos por los órganos policiales y de justicia, y los que finalmente culminan con una sentencia condenatoria, que los que refleja la «criminalidad oficial». El desconocimiento de una considerable cifra de delitos --y, en consecuencia, de delinquentes-- relativiza no solo los resultados obtenidos, sino también los conceptos de delito y delincuente.

Las investigaciones criminológicas llevadas a cabo a partir de la segunda mitad del siglo XX vinieron a demostrar, además, que la infracción penal no es un dato fáctico que pueda ser evaluado independientemente de la interacción de sujetos sociales que ocupan diversas posiciones sociales. Es decir, la criminalidad es en gran medida socialmente construida, tanto a nivel de la definición legal de lo que se considera delictivo como de la definición situacional de un acto como delictivo y la consiguiente decisión de someter ese acto al sistema de justicia penal. La afirmación de la construcción social de la criminalidad --con el porcentaje de selectividad que ello implica--, conlleva, por una parte, que el protagonismo del delincuente haya cedido a favor del estudio de los procesos y mecanismos de control social. Y, por otra, que ya no se acepten, sin discusión, el concepto de delito y las instituciones de control del mismo ⁶⁰.

El sistema penal ha de valorar no solo la ley penal, sino también « *los procesos de definición del crimen, de selección de delinquentes...* » ⁶¹, en definitiva de los procesos de criminalización. Y han sido, precisamente, el análisis teórico y las investigaciones empíricas realizadas por la Criminología sobre cada uno de los momentos en los que despliega sus efectos el sistema penal, los que han llevado a la crítica del Derecho penal y la reconstrucción de su ámbito de actuación.

En efecto, en el momento de creación de las normas (criminalización primaria), el Derecho penal no siempre defiende todos y solo los bienes esenciales en los cuales están interesados todos los ciudadanos, y cuando castiga las ofensas a los bienes esenciales, lo hace con intensidad desigual y de modo parcial. Las investigaciones cuantitativas, y sobre todo cualitativas, sobre la cifra negra de criminalidad evidencian, a su vez, que el estatus de delincuente (criminalización secundaria) no depende tanto de la dañosidad social de las acciones y de la gravedad de las infracciones a la ley, como de la posición social del individuo ⁶².

Con independencia del grado en el que sean asumidos estos postulados, es imposible ya ignorar la imagen del funcionamiento real del sistema penal que nos ha proporcionado la criminología crítica. Frente al Derecho penal del Iluminismo cuya máxima era la igualdad en su aplicación, el actual Derecho penal aparece, en gran medida, como instrumento de desigualdad social.

Los conocimientos aportados por la Criminología permiten avanzar en la reconstrucción del legítimo ámbito de actuación del Derecho penal: mediante la discriminalización de todos aquellos comportamientos que no afecten a una necesidad esencial de todos los ciudadanos, y la adecuada tutela de intereses y bienes esenciales para el adecuado desarrollo de todos y cada uno de los individuos como personas y que han estado desprotegidos ⁶³. Si, como afirma TERRADILLOS BASOCO, « *el concepto de derechos fundamentales va indisolublemente unido al de Estado de*

*Derecho, pues sólo en el marco de éste tiene sentido hablar de aquellos»*⁶⁴ —, el ordenamiento jurídico-penal propio de un Estado de Derecho ha de configurarse como un sistema de defensa y garantía de los derechos humanos⁶⁵ —.

Como contrapartida a la «reducción del Derecho penal» se propugna la necesidad de formular una política criminal alternativa sustentada, principalmente en dos pilares: utilización mínima de la prisión y medidas alternativas a ella. Pero, como la prisión es un hecho al que ni siquiera los defensores de un Derecho penal mínimo pueden renunciar, se formula un concepto alternativo y crítico a la resocialización, que se concibe como una oportunidad para obligar al Estado a prestar los servicios elementales de que carecía el condenado en el momento en el que cometió el delito.

No obstante, el hecho de que se admitan como válidos algunos de los postulados propios de la Criminología crítica (desigualdad y selectividad en la elaboración y aplicación del Derecho penal) con las consecuencias que de ello se desprenden para el modelo de Derecho penal no significa un rechazo frontal a la función de diagnóstico del fenómeno criminal que tiene que seguir desempeñando la Criminología, aunque eso sí, desde una perspectiva diferente a la que ha sido la tradicional en la que ocupa un papel relevante el contexto (aprendizaje social y ambiente) en el que se desarrollan las actividades delictivas.

V. DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Los conocimientos aportados al Derecho penal por la Criminología operan a modo de límites a las valoraciones. En la medida en que la Dogmática es una ciencia jurídica, los juicios normativos son imprescindibles, sin que puedan ser sustituidos por los conocimientos empíricos. La disciplina que ejerce el papel de mediador entre los conocimientos empíricos de la Criminología y normativos del Derecho penal, es la Política criminal. Son las valoraciones político-criminales las que determinarán finalmente las valoraciones del Derecho penal, pues le indicarán cómo y por qué intervenir con el instrumento penal o utilizar otros instrumentos de control social menos lesivos⁶⁶ —.

Frente a las posturas que restringen el ámbito de la Política criminal a «*la determinación del cometido y función de la justicia criminal*»⁶⁷ —, se viene imponiendo una concepción amplia de la misma, entendida como «*el conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal*»⁶⁸ —. Ambas definiciones son, sin embargo, demasiado estrechas. Aquélla, porque al circunscribir el ámbito de actuación de la política criminal al espacio de la justicia criminal, deja fuera de los cometidos propios de esta disciplina el planteamiento y propuesta de medidas «no penales» orientadas a la prevención del delito. Ésta, por su parte, al concebir la Política criminal como un conjunto de respuestas alternativas al fenómeno social, subestima la que ha sido considerada una de sus principales funciones: «*la crítica de las instituciones vigentes y la preparación de su reforma conforme a los nuevos ideales jurídicos que van surgiendo a medida que el ambiente sociocultural va cambiando*».

La prevención de la delincuencia, objetivo fundamental del sistema penal, viene a constituir el eje de toda la Política criminal. Ahora bien, desde el momento en el que el ámbito de esta disciplina se amplía al conjunto de instrumentos que tiene la sociedad para afrontar la criminalidad, la Política criminal trasciende el ámbito puramente penal, para conectar con todas las formas de control social formales e informales⁶⁹ —. Desde esta perspectiva, el Derecho penal aparece como el más importante --por la gravedad de sus sanciones--, pero en definitiva, uno más de los medios de lucha contra el fenómeno criminal. Ello implica, a su vez, que la intervención punitiva sólo sea legítima cuando forme parte de una estrategia global y racional de lucha contra el delito⁷⁰ —. Este modelo, como dice BARATTA, permite elaborar estrategias de protección de los derechos que puedan coordinar las intervenciones reactivas o preventivas de distintas políticas públicas, también aquellas de la política del Derecho penal, cuando sea inevitable⁷¹ —.

En cuanto se trata de fijar y realizar metas político-criminales, es necesario adoptar decisiones valorativas que, como apunta ZIPF, no pueden deducirse sin más de la contemplación empírica de la realidad social, sino que han de obtenerse a partir de baremos valorativos⁷² —. La naturaleza eminentemente valorativa de la política criminal debe traducirse, pues, en una actitud valorativa de

los datos que arrojan las investigaciones empíricas y en una penetración en las diversas categorías del sistema --y, por supuesto, en la teoría de la pena--, de las necesidades y exigencias derivadas de la Política criminal ⁷³.

La Política criminal se formula básicamente en términos de eficacia y se valora por su funcionalidad, por su idoneidad para hacer efectivo un programa penal determinado ⁷⁴. Pero, como advierte TERRADILLOS BASOCO, «la eficacia no puede entenderse como búsqueda a ultranza de éxitos preventivos en pos del utópico objetivo de una sociedad sin delitos» ⁷⁵. La política criminal se basa en un catálogo de intereses predeterminado constitucionalmente, pero también en una serie de derechos y en un código de valores que gozan de idéntica protección constitucional, y será legítima en tanto sea capaz de dotarlos de vigencia. Es en ese contexto en el que, como puntualiza TERRADILLOS BASOCO, ha de examinarse la idoneidad de cada alternativa político criminal ⁷⁶. Por tanto, será el sistema de valores y principios contenidos en la Constitución el punto de referencia básico y fundamental de las valoraciones político-criminales que deben guiar cualquier programa de lucha contra la criminalidad.

Los principios constitucionales, como subraya BRICOLA, operan así como pilares sobre los que se apoya la construcción dogmática penal y como límites garantísticos de selección en la estrategia de la lucha contra la criminalidad ⁷⁷. La legitimación de la actuación política y, por tanto de una determinada Política criminal, reside entonces, no solo en su capacidad para organizar las respuestas que la sociedad demanda frente al fenómeno criminal, sino en prevenir dicho fenómeno dentro del sistema de valores democráticos ⁷⁸, incompatible como dice TERRADILLOS BASOCO «con la reducción de lo estatal al nivel de mero mecanismo de control» ⁷⁹ y con la cada vez mayor consolidación de un Derecho penal de la emergencia o de la excepción que «baja los brazos ante el desarme garantista» permitiendo que «lo que nació como respuesta a la emergencia se transforme progresivamente en normalidad estructural» ⁸⁰.

Contexto, interdisciplinariedad y dogmática penal ⁸¹

Diana Patricia Arias Holguín

Profesora de Derecho Penal

Universidad de Antioquía

I. LAS ENSEÑANZAS DEL MAESTRO: EL DERECHO PENAL DE LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS Y EL ESPACIO-TIEMPO DEL ESTUDIO SOBRE LA POLÍTICA PENAL

Me fue imposible iniciar un texto escrito en honor a mi maestro Juan Terradillos Basoco prescindiendo de unas consideraciones en torno a nuestra relación personal y académica y de lo que me dejó mi paso por Cádiz. Antes de llegar a su escuela ya estaba cargada con muchas referencias de mis maestros latinoamericanos, Juan Sotomayor Acosta y Alfonso Cadavid Quintero, especialmente con relación a los costos que él sufragó por la defensa de la libertad en momentos en los cuales estaba seria y sistemáticamente amenazada, así como la reivindicación de la Universidad como un lugar especial en el cual se realiza la libertad de pensar y de actuar, la libertad de ser uno mismo sin la amenaza de prisiones políticas, económicas, epistemológicas o teológicas. Tal disposición hacia la libertad también marcó nuestra relación durante los cinco años que estuve bajo su tutela; siempre advertía sus puntos de vista, escuchaba con respeto los míos y dejaba la decisión final en mis manos, aun contando con los peligros que conlleva el ejercer la libertad en plena juventud intelectual. Con la madurez que impone el paso de los años veo que ese camino que, «el Profe», recorrió conmigo, ese respeto por la libertad expresado no sólo en sus escritos académicos y en sus luchas, sino también en las relaciones cotidianas, es la actitud personal que requiere la construcción de sociedades más democráticas. Y más allá de lo estrictamente personal, esta nota permite destacar la coherencia política y filosófica con la que ha encarado su vida universitaria y su producción académica. La defensa de que el derecho penal que está a la altura de las sociedades democráticas, es aquél que sintetiza los principios del derecho penal garantista. En este sentido, en la discusión sobre el qué y el cómo del derecho penal económico y de la empresa, ha marcado la tendencia de reivindicar que la intervención en esos ámbitos no debe desbordar el marco trazado por las garantías y los límites, que hacen que el derecho penal pueda catalogarse como democrático. Así, ha afirmado que aceptar la represión punitiva frente a la criminalidad grave no implica que se esté haciendo una defensa de la expansión del Derecho penal «...que le haga traspasar los límites fijados por su tradicional cometido

de tutela, [...], convirtiéndolo en un instrumento puramente funcionalista, al servicio de contingentes programas políticos y elaborados al margen de las garantías propias del Estado de Derecho; o como instrumento meramente simbólico [...], cegado por la ambición de tutelar todos los bienes jurídicos relevantes...»⁸². Asimismo, desde los parámetros de un derecho penal democrático, evalúa las tendencias punitivas actuales como por ejemplo las que se activan desde ámbitos supranacionales y nacionales frente al terrorismo⁸³. Ahora bien, junto a sus enseñanzas políticas, deben también resaltarse las metodológicas, las cuales adquieren una gran importancia en los Estados constitucionales y democráticos de derecho, donde la protección de los derechos sociales, pero también de la libertad y de la autonomía moral, es central, y debe ser acompañada con el reconocimiento de que se está ante sociedades pluralistas, que admiten diversos modos de configurar la vida, teniendo como único límite el mundo de los otros. Dentro de tales enseñanzas metodológicas destaco dos:

Las decisiones metodológicas para interpretar las normas de la parte general y especial de los códigos penales de los distintos países, deberían siempre considerar las coordenadas de espacio y tiempo en el que son producidas y, además, interpretadas. Esto podríamos designarlo como criterio de dependencia contextual. La labor de ubicar en el espacio-tiempo los fenómenos intervenidos a través de los procesos de criminalización, se puede advertir nítidamente en su reciente trabajo sobre política criminal y terrorismo. En dicho texto, además de realizar una labor genealógica sobre los modos en los que este fenómeno ha sido criminalizado desde el siglo XVIII, destaca los matices según el contexto y esclarece morfológicamente las definiciones del terrorismo, atendiendo a sus fines y a su contexto. Tal tarea está lejos de ser sólo un ejercicio de mera erudición, por el contrario, impacta la labor hermenéutica al condicionar la respuesta que se da a qué puede entenderse legítimamente criminalizado y qué no⁸⁴.

La interdisciplinariedad es la brújula que permite comprender en toda su complejidad los fenómenos que pretenden ser afrontados con la criminalización de comportamientos. Advertir esa complejidad facilita la labor hermenéutica, porque permite precisar los modos bajo los cuales las normas penales pueden alcanzar sus finalidades en el marco de un sistema de protección de las libertades ciudadanas. Interpretaciones garantistas que encaren la complejidad de los problemas sin rozar límites funcionales, sin desbordar el marco legal. El trabajo interdisciplinario del maestro Juan Terradillos Basoco puede advertirse en muchas de sus obras. No obstante, aquí no citaré las recientes, sino que me valdré de una más antigua, «Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal, función simbólica de la pena»⁸⁵. Allí incorpora fuentes de diversas disciplinas, la filosofía, la sociología, la economía política, para hallar una comprensión del concepto de bien jurídico que permita potenciar los límites al *ius puniendi* y así configurar un derecho penal democrático. Al hilo de esta exposición realiza también una crítica aguda frente a la perspectiva funcionalista⁸⁶.

En las páginas que siguen abordaré la discusión sobre los procesos de criminalización que ha suscitado, en Colombia, la disputa por el territorio y por los recursos naturales, entre los pobladores de las regiones colombianas y los inversores extranjeros. Para efectuar este análisis me adscribo a la perspectiva política defendida con insistencia por el maestro Juan Terradillos Basoco, en torno a la reivindicación de un derecho penal democrático que profiera, en el contexto de sociedades pluralistas, el respeto por la autonomía y la libertad. Asimismo, trataré de mostrar los frutos que puede rendir seguir las pautas metodológicas, que a mi modo de ver pueden inferirse de su obra, relativas a que los análisis políticos y dogmáticos en materia penal solo pueden efectuarse con coordenadas precisas de espacio-tiempo y aprovechando el conocimiento que entregan otros saberes. Esto evitaría construir hermenéuticas sociales o jurídicas simplificadoras, que lejos de favorecer la pacificación de la sociedad, legitimen desigualdades e inequidades, que a la postre dan cobertura a la violencia que se promete conjurar con la intervención penal.

II. EL DERECHO PENAL EN EL CONTEXTO DE SOCIEDADES DE EXTREMA INEQUIDAD⁸⁷

En Colombia la disputa por la explotación de los recursos minero-energéticos está en el centro de las formas contemporáneas de despojo de la tierra, de la expulsión del territorio⁸⁸; en esas tensiones, los inversores extranjeros son protagonistas principales (de un modo particular multinacionales de origen canadiense); por ello, el entendimiento económico y político de estos conflictos debe hacerse siempre con referencia a la globalización neoliberal. Las formas de despojo del territorio que se pueden

producir con ocasión del conflicto minero tiene impactos diversos según se trate de zonas que tienen vocación agrícola, en las cuales la preocupación de sus pobladores es por mantener esa destinación, o lugares con tradiciones ancestrales de explotación minera (mediana o pequeña), en donde las tensiones tienen origen en la definición de quiénes son titulares de la explotación de esos recursos ⁸⁹—. La disputa por la tierra que está en pleno desarrollo en Colombia ha tenido como característica principal que el Estado, en esos territorios, ha desplegado su fuerza para favorecer la presencia de los inversionistas extranjeros. Para ello se ha valido de la militarización de las zonas, de la gestión policial para reaccionar ante los disturbios que causan las protestas y a través de la criminalización de los líderes comunitarios que las auspician ⁹⁰—. El conflicto entre vocación y tradición de explotación agrícola de la región por parte de las comunidades y la disputa por la explotación de los recursos mineros, muestra de una manera dramática la transformación del papel del Estado, que pasa de ser Estado social a ser Estado gerencial ⁹¹—. En todo caso, el mapa del conflicto quedaría incompleto sin una referencia a todos los procesos y formas de resistencia de las comunidades que habitan esos territorios. Justamente, se puede advertir que este conflicto es un buen banco de pruebas de lo que constituye la contraposición entre globalización hegemónica y contra-hegemónica ⁹²—. El despliegue del derecho ha estado en el centro de esa tensión en torno a los recursos naturales. Éste se ha empleado, de modo selectivo y desigual, para proteger los intereses hegemónicos, pero también ha sido uno de los medios de oposición, empleados por las comunidades y los movimientos sociales, a los proyectos de gran minería en Colombia, en definitiva, ha servido para favorecer procesos de emancipación social. Aquí se hará referencia especialmente a los casos en los cuales las multinacionales arriban a territorios con una tradición minera, por tanto, el conflicto generado es por la definición de quién explota el recurso natural.

En este contexto un buen ejemplo de la movilización del derecho para garantizar la inversión extranjera, en detrimento de los pobladores, se encuentra cuando se analiza la expedición del código de minas colombiano, Ley 685 de 2001. Según Becerra Pardosu expedición modificó radicalmente el modelo de desarrollo minero vigente de las últimas décadas del siglo anterior, y su aprobación coincidió con la reforma estructural de la economía y su articulación al mercado internacional. En esta medida no sorprende que reduzca el papel del Estado en la explotación de los recursos, que libere las áreas que se habían reservado para el desarrollo minero con control estatal y que se dé un papel protagónico al sector privado ⁹³—. Un ejemplo de las asimetrías que se fortalecen con la expedición de esta normatividad ⁹⁴—, puede advertirse cuando se elimina la distinción entre pequeña, mediana y gran minería, la cual confería un estatus a la explotación que realizan muchos de los pobladores nacionales de los territorios mineros.

A pesar de mantener una referencia a la minería tradicional, ese reconocimiento, como destaca Lopera Mesa, no tiene ninguna implicación práctica; en contraposición, hay una pretensión de mayor eficacia respecto a las normas que criminalizan las actividades mineras sin título de explotación y a la criminalización de la protesta social en Colombia ⁹⁵—.

Junto a un conjunto normativo que se perfila como una serie de obstáculos para que pequeños y medianos mineros nacionales accedan a un título de explotación, se criminaliza la explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales sin permiso de autoridad competente (art. 338 Código penal colombiano). Asimismo, uno de los recursos empleados por las comunidades para protestar y ejercer acciones de resistencia frente a esos hechos que amenazan su forma de vida, es la obstrucción de vías públicas, comportamiento que es prohibido penalmente (art. 353A del Código penal colombiano). En ambas criminalizaciones se ha advertido que el derecho penal se moviliza para asegurar las condiciones de mercado a los efectos de la inversión extranjera ⁹⁶—. El primer precepto (art. 338) está inserto en la tutela de los recursos naturales y del medio ambiente, bien jurídico cuya tutela penal se vale del reclamo de protección de los derechos de las generaciones futuras. No obstante, por las técnicas de tipificación empleadas se trata de disposiciones dirigidas a sancionar la infracción del deber de tener título o permiso para la explotación; título que es de difícil consecución para los explotadores locales y, por el contrario, de rápido acceso para grandes proyectos mineros adelantados por las multinacionales. Esto con el agravante de que la extracción que más daños genera al medio ambiente y a las comunidades, es justamente la catalogada como gran minería, como lo muestran los múltiples impactos relatados respecto a las empresas canadienses que operan en Colombia ⁹⁷—.

Por su parte, el delito de obstrucción a vías públicas que afecten el orden público, evidencia según

Galindo Delgado, una apuesta por la criminalización de la resistencia social de los actores sociales que adoptan la movilización como método de lucha política ⁹⁸. Si se atiende a la exacerbación de la protesta social en el contexto del conflicto minero, se puede afirmar que hay altos riesgos de criminalización de esos pobladores. Además, no puede obviarse que tales peligros se acrecientan cuando parece haber una captura del Estado por parte de las empresas foráneas, hasta el punto de ostentar capacidad de movilización de las leyes para favorecer sus intereses. Lo muestra el hecho de que importantes estudiosos del derecho minero en Colombia han demostrado que el capital transnacional canadiense ha jugado un papel importante en la definición de la legislación minera, como por ejemplo en la configuración del propio Código de Minas ⁹⁹. Esto también es evidente en las reformas al Código Laboral colombiano que han significado un recorte de derechos de los trabajadores, generando una precarización laboral sin precedentes y asegurando una gran rentabilidad en la explotación que realizan las multinacionales canadienses ¹⁰⁰. En este contexto vale entonces acudir a Gargarella, cuando afirma que la justificación del castigo penal encuentra grandes dificultades en contextos de profunda injusticia social. Así, expone que «en estos casos, podemos asumir razonablemente, existe un riesgo serio que los medios coercitivos del Estado sean manipulados para proteger un orden social injusto» ¹⁰¹. Entonces la pregunta que cabe formular es ¿Cuál es el papel del análisis dogmático cuando el derecho estatal es movilizado para generar una gran inequidad y, por tanto, se aleja de los cometidos trazados por el Estado constitucional de Derecho? Ubicar las estrategias atinentes a la criminalización primaria y secundaria junto a la pretensión de flexibilizar el sistema legislativo a los efectos de la inversión extranjera, permitirá dejar al desnudo los retos que enfrenta una discusión dogmática en torno a la aplicación de los tipos penales ya mencionados, esto es, la explotación de recursos mineros sin permiso de autoridad competente, que se estima atenta contra el medio ambiente y el delito de obstrucción a vías públicas considerado un tipo penal contra la seguridad pública; ambos bienes insertos en el debate penal en torno a la tutela de intereses colectivos.

En las líneas que nos quedan no es posible abordar esta discusión con profundidad, no obstante, aquí se realizará una pequeña referencia a las consecuencias de optar, como criterio material de justificación de las prohibiciones penales, por el bien jurídico o, en una línea contraria, elegir la protección de la vigencia de la norma. Ello fundamentalmente para mostrar que esas elecciones deben pasar por el tamiz del contexto en el que las normas operan y, además, que el proceso mediante el cual se deciden los criterios hermenéuticos de sistemas jurídicos concretos, exige un trabajo interdisciplinar. Esto significa que la dogmática penal depende del contexto y, epistemológicamente hablando, no se basta a sí misma, esto si se quiere ajustar la administración institucional del dolor penal a los cometidos del Estado constitucional y democrático de derecho.

III. ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO, EL ESPACIO Y EL TIEMPO DE LA DOGMÁTICA PENAL

El modelo de justificación del derecho penal acorde con los lineamientos de un Estado constitucional de derecho, exige como punto de partida una concepción del Estado como un instrumento orientado a la garantía de los derechos y libertades de las personas, para lo cual se le confiere el monopolio del poder punitivo. Es así como el derecho penal en un estado constitucional debe responder a la doble pretensión de contener la violencia representada por los delitos y las reacciones informales a estos pero, a la vez, reducir la propia violencia punitiva estatal a través del empleo de la forma jurídica. Ambas finalidades tienen un objetivo común, cual es el de asegurar los derechos y libertades de los individuos, en el primer caso frente a la amenaza proveniente de otros particulares, expresada en delitos y puniciones informales, y en el segundo frente a la violencia proveniente de la propia intervención penal del Estado ¹⁰². Si se comparte esta premisa, será legítimo formular como uno de los objetivos de la dogmática penal, especialmente en esos contextos sociales de extrema inequidad, el de potenciar a través de sus construcciones, la segunda finalidad: la protección del ciudadano frente a la violencia punitiva estatal, incluso cuando se trata de bienes jurídicos colectivos tan importantes como el medio ambiente. Así, habrá que decir que las respuestas a las cuestiones de si la misión del derecho penal es o no la protección de bienes jurídicos, o de cómo pueden concretarse los bienes jurídicos colectivos y la propia noción de peligro abstracto, llevarán a la preferencia de unas apuestas metodológicas sobre otras, esto en la medida en que parecen ser más operativas para el objetivo de reducir el carácter selectivo y desigual del derecho penal y, en esa medida, contribuirán a menguar los servicios que presta la criminalización de esos comportamientos al gobierno de la

exclusión social. En este sentido, por ejemplo, asumir que la misión del derecho penal es la protección de la vigencia de la norma, sin entrar en los distintos matices que esta opción puede ofrecer, favorecerá el hecho punible como la lesión de deber --o de la norma-- y el merecimiento de pena vendría dado según el grado de quebrantamiento de vigencia del ordenamiento jurídico ¹⁰³. ¿A qué podría llevar esta opción metodológica frente a labores dogmáticas de parte especial de estos delitos de explotación de recursos mineros sin permiso de autoridad competente y de obstrucción a vías públicas del ordenamiento colombiano en un contexto de innegable injusticia social? ¿Cómo defender en estos contextos una interpretación del tipo penal cercana al formalismo jurídico que es lo que parece promover esa opción del derecho penal como garantizador de la vigencia de la norma? Decidirse por defender un derecho penal protector de bienes jurídicos no es una cuestión intrascendente, pues dicha elección conlleva importantes consecuencias dogmáticas en la construcción del sistema del delito. La elección metodológica en torno a qué podemos entender por bien jurídico condiciona «...la misma viabilidad del bien jurídico como pauta de interpretación de los tipos penales, la aptitud del criterio de peligro para determinar el mínimo de relevancia penal, la estratificación valorativa del injusto en desvalor de acción y desvalor de resultado, el concepto jurídico-penal de resultado, etc.» ¹⁰⁴. En este punto, de cara a la potencialización de la finalidad de proteger al ciudadano frente a la violencia punitiva estatal, en el contexto de apropiación de los recursos mineros en el caso colombiano, será mucho más fructífero acoger conceptos de bien jurídico que los ubique en el contexto de esas relaciones sociales y que los vincule con las posibilidades de participación de los ciudadanos en el sistema social.

Valdría la pena rastrear las consecuencias concretas, no sólo en el ámbito de una crítica externa a la labor del legislador, sino también en el plano más concreto de la decisión judicial, que podrían seguirse de acoger una noción de bien jurídico como la que plantea Juan Terradillos Basoco; esta es formulada en un contexto de distribución igualitaria de la riqueza, como satisfacción de necesidades vitales. En efecto, refiriéndose a aquello que puede constituir un referente material válido para la configuración de las normas penales, sostiene que: «Sólo la satisfacción de necesidades puede hacerlo. Y el catálogo de éstas ha de deducirse de los dos "axiomas axiológicos fundamentales" que según A. HELLER, han de guiar la actividad de un Estado que asume tan importantes tareas como: asegurar la promoción de la riqueza, es decir, el despliegue multilateral de las fuerzas esenciales de la especie, y la promoción de la posibilidad, por parte de los individuos, de la apropiación, también multilateral (no alineante) e igualitaria de esta riqueza». Ello sólo sería posible, en el limitado y modesto papel que incumbe al Derecho penal, si éste acomete la tarea de tutelar la satisfacción de las necesidades humanas, dirigiendo la conminación penal «solo frente a las conductas (todas) que dificulten gravemente o imposibiliten la participación no discriminante en los procesos de producción y distribución igualitaria de la riqueza producida ¹⁰⁵. La perspectiva material de injusto que esta elección reclama al centrarse en el daño concreto que se cause al ciudadano en cuanto individuo y participante del sistema social, ...exige que la norma evite "resultados", que trasciendan el quebrantamiento de la norma y el debilitamiento de su vigencia. [...]. Una concepción que parta de una ética del resultado eleva la exigencia de fundamentación para la creación de las normas penales y sirve así a la racionalización de la labor del legislador... Dicha exigencia de fundamentación es el requisito imprescindible de una concepción liberal del Derecho penal» ¹⁰⁶. Tal noción podría dotar de mayor operatividad la tarea de crítica a las decisiones del legislador que participa positivamente a través del derecho penal en el gobierno de la exclusión social, como parece ser el caso colombiano; pero, también, podría auspiciar una labor más fecunda en la tarea de delimitación de los comportamientos prohibidos en esos tipos penales que parecen expresar un ejercicio ilegítimo del poder punitivo estatal. En consecuencia, un debate en torno a la pregunta sobre cuál cometido otorgar al derecho penal en el contexto latinoamericano, si lesión del deber o por el contrario la lesión del bien jurídico, debe pasar por una reflexión en torno a los contextos en los cuales el derecho positivo estatal opera, porque dichas elecciones condicionan la interpretación de los tipos penales que nosotros proponemos a los jueces del caso concreto, y en esa medida pueden auspiciar o potenciar modos arbitrarios y profundamente injustos de la forma jurídica.

Ahora bien, en el debate en torno a la criminalización o no de comportamientos que atentan contra bienes jurídicos colectivos, como los recursos naturales y el medio ambiente, el problema central ha sido cómo compatibilizar estos tipos penales con un programa de derecho penal mínimo, concretamente, con principios político-criminales de gran importancia como el de lesividad; atendiendo a que la técnica de tipificación usualmente empleada para protegerlos es la del peligro

abstracto o incluso la acumulación. En este orden de ideas, ¿qué puede decir un conflicto minero como el colombiano en la elección de aquellos discursos de legitimación de la intervención penal o en la validación de técnicas de tipificación que rebajan las exigencias de comprobación de la lesividad, en la decisión concreta de aplicación de los tipos penales, como por ejemplo, el de explotación de recursos mineros sin permiso de autoridad competente y la obstrucción de vías públicas que afecten el orden público? Así, la defensa del derecho penal (recurriendo al medio ambiente) como medio para proteger los derechos de las futuras generaciones, objetivo que es difícil no compartir, ha implicado la defensa de los daños acumulativos como presupuesto de la intervención penal; hasta el punto que se ha señalado que éstos se «convierten en el paradigma lesivo del Derecho penal del medio ambiente» ¹⁰⁷. Los delitos que se construyen a partir de este presupuesto no soportan, como es conocido, los juicios de lesividad, de responsabilidad personal, de proporcionalidad de la pena, de mínima intervención, etc. Asimismo, al insertarse en la lógica de «¿y si todos lo hiciéramos?» y favorecer la punición de conductas de escasa lesividad, auspiciaría, que el derecho penal se use para gobernar la exclusión social, el riesgo de que el derecho penal se use para gobernarla; esto con el agravante, al menos en el contexto colombiano, de que los derechos de las generaciones futuras se verían más eficazmente reconocidos si el Estado realizara procesos de acompañamiento para mejorar ambientalmente la explotación de los mineros locales y cerrara la puerta al aprovechamiento de los recursos en aquellas zonas de vocación fundamentalmente agrícola. No se puede dar por terminado este apartado, sin exponer algunos de los contenidos mínimos que pueden extraerse del debate alemán y español en torno a los delitos que protegen esos bienes colectivos, para apoyar la labor de aplicación de los tipos penales colombianos, que hasta ahora se han empleado para recrudecer las condiciones de injusticia social que subyacen al conflicto minero. En primer lugar, conforme a lo que expone Juan Terradillos Basoco cuando «sea necesario afrontar de modo directo la tutela de bienes jurídicos colectivos, estos han de contar con el necesario referente material, pues de otro modo se estarán criminalizando meras infracciones formales» ¹⁰⁸. Esa mayor concreción de los bienes jurídicos tutelados por esos tipos penales, lleva necesariamente a una exigencia de interdisciplinariedad en la labor dogmática, particularmente, de aquella de la parte especial. Sin un conocimiento de las relaciones sobre las que esas normas van a operar no puede lograrse un alto nivel de concreción de lo protegido. Esto, por ejemplo, llevaría a aquel que se dedique al estudio de los delitos económicos, a entablar un diálogo con la economía para precisar muy bien los contornos de los mecanismos económicos implicados en el precepto que estudia y, también, para determinar con claridad cuáles serían los comportamientos que estarían en condiciones de lesionarlos (al impedir que esos mecanismos económicos cumplan las funciones para los que están dispuestos) o de ponerlos en peligro (al disminuir o dificultar las posibilidades de defensa de estos mecanismos, acogiendo el concepto de peligro expuesto también por mi maestro Juan Terradillos Basoco) ¹⁰⁹. En segundo lugar, la adopción de un concepto material de delito a la hora de definir el objeto de protección de los bienes colectivos exige como lo expone Soto Navarro: a) El objeto de tutela debe extraerse de la realidad social, concretamente de las relaciones sociales en un contexto determinado; b) Que este bien jurídico sea susceptible de lesión, asumiendo un concepto de lesión no necesariamente condicionado por la causalidad. Ésta última condición impone a su vez dos requisitos: «por un lado, debe tratarse de una lesión efectiva, esto es, *verificable* en el propio sistema social (de lo contrario se burlaría el principio de lesividad); por otro, ha de ser imputable a acciones individuales y no a comportamientos colectivos (a fin de respetar el principio de responsabilidad personal). Por lo demás, la lesión ha de servir de referente preciso para configurar la puesta en peligro del bien jurídico, como segunda modalidad de afección, entendiendo que el peligro no es un concepto autónomo, sino un estadio previo a la lesión » ¹¹⁰.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Cuando las elecciones metodológicas de los penalistas latinoamericanos son enjuiciadas a la luz de los contextos en los que ellas desplegarán sus efectos, quizás la preocupación por una innegable dependencia del debate latinoamericano de la ciencia penal Europea se reduce, y pasa a un plano más protagónico el pensar las consecuencias que puede tener el optar por determinados modelos de racionalidad en contextos de grave injusticia social. Lo anterior siempre que se reconozca la gran capacidad performativa que pueden tener los discursos de aquellas personas que nos dedicamos a la enseñanza del derecho y a la formación de los futuros operadores jurídicos; si se tiene en cuenta a su vez que, en definitiva, hay un derecho que surge después o con ocasión de la interpretación que se da en el caso concreto, esto es, si se acepta la diferencia entre disposición y norma, teniendo que la

última es el resultado de la interpretación. En todo caso, los retos que se ciernen sobre la dogmática penal latinoamericana no pasan sólo por entrar a los debates dogmáticos más abstractos de parte general e incluso de parte especial con una mirada en el contexto. Estimo que una reflexión en torno a la concepción de la legalidad que surge del tránsito del Estado de Derecho como Estado Legal al Estado de Derecho como Estado Constitucional es urgente, así como un debate en torno a cuál es la teoría de la decisión judicial que subyace a este modelo y a las posibilidades de potenciar la arquitectura del control constitucional (sobre todo el de la decisión del caso concreto) sobre las leyes penales que apareja esa mutación del Estado de Derecho a Estado Constitucional de Derecho ¹¹¹.

Todo esto sólo se deja esbozado aquí como un inventario de los retos que se afrontan en el siglo XXI, aquellos penalistas que como el maestro Juan Terradillos Basoso, profesan un profundo respeto por la libertad, en un mundo en el que ella sólo parece alcanzar reconocimiento como libertad de consumo y de mercado.

La implantación de los estudios oficiales de criminología en España

José Luis Díez-Ripollés

Universidad de Málaga

Uno de los acontecimientos más gratificantes que se ha producido en los últimos lustros en la ciencia penal española ha sido, sin duda, el notable desarrollo de la criminología. Eso vale para la consolidación y difusión de su enseñanza autónoma, que por fin a inicios de siglo, y tras una remarcable tradición de estudios universitarios no oficiales, se incorporó al catálogo de enseñanzas oficiales universitarias, impartándose en estos momentos grados en Criminología en un número significativo de universidades españolas. Y desde luego vale también para la investigación en criminología, que disfruta de un momento de florecimiento, con abundantes proyectos concluidos o en marcha sobre asuntos muy diversos, un elevado número de publicaciones nacionales e internacionales, revistas científicas y sociedades nacionales acreditadas, y una importante presencia en foros internacionales. Como mencionaré al final de este trabajo, hay importantes tareas pendientes, pero el progreso registrado en estos últimos años es innegable.

Este breve trabajo tiene unos objetivos modestos. Pretende dejar constancia de los esfuerzos llevados a cabo por un cierto número de académicos y profesionales que desde principios de los años 90 del pasado siglo tomaron diversas iniciativas que finalmente concluyeron en el reconocimiento oficial de los estudios de criminología en 2003 y la implantación de una licenciatura de segundo ciclo sustituida luego por un grado en Criminología. Es fácil deducir que, sin perjuicio de los preexistentes estudios universitarios no oficiales y de la investigación en criminología que se venía desarrollando desde tiempo atrás, el reconocimiento académico oficial de la criminología supuso, como se había anticipado, un parteaguas en el desarrollo de esta disciplina en todos sus niveles. Este trabajo no contempla, por tanto, los avatares de la criminología española desde fines del siglo XIX y principios del XX hasta los años 80 de ese siglo. No es su objetivo aludir al relevante impulso que la criminología tuvo antes de nuestra Guerra civil, ni a los obstáculos con los que tropezó durante la dictadura franquista, que solo pudo comenzar a superar a mediados de los años 60 del pasado siglo ¹¹².

Es un relato, por tanto, que se inicia al reinstaurarse la democracia española, cuando al poco tiempo se percibió como una de las tareas más acuciantes la construcción de una sociedad del bienestar, sociedad que necesita ineludiblemente un tratamiento integral de la delincuencia. Llamativo fue, en todo caso, que pasaran 25 años de democracia española antes de que pudiéramos ver el reconocimiento oficial de esta disciplina.

I. LA SITUACIÓN A PRINCIPIOS DE LOS AÑOS 90

En las Universidades Central de Barcelona (1963) ¹¹³ y Complutense de Madrid (1964) ¹¹⁴ se constituyeron en los años 60 del siglo XX, bajo el impulso de los catedráticos de derecho penal ¹¹⁵ Octavio García Vitoria y Juan del Rosal Fernández, sendos institutos de criminología, centrados en la impartición de enseñanzas no oficiales de criminología. En las décadas siguientes van surgiendo los institutos de criminología de las Universidades de Valencia (1968), del País Vasco en San Sebastián (1978) y de Santiago de Compostela (1978), así como las secciones delegadas del Instituto de Madrid en las universidades de Alicante (1981) y Córdoba (1985) ¹¹⁶. En 1990 se crea el Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología (IAIC), experiencia interuniversitaria pionera que garantiza una estructura y funcionamiento coordinados entre cinco Universidades andaluzas, las de Cádiz, Córdoba, Granada, Málaga y Sevilla. En 1991 inicia sus actividades un centro privado, la Escuela superior de ciencias criminológicas (ESCCRI), como centro vinculado a la universidad de Las

Palmas de Gran Canaria. En todos ellos se imparten enseñanzas no oficiales de criminología, mientras que el impulso de la investigación criminológica solo está presente en unos pocos. Paulatinamente van apareciendo diferentes cursos de criminología, de estructura muy dispar, en Universidades como las de La Laguna, Extremadura (dependiente del IAIC), Salamanca, Almería y Huelva (dependientes las dos del IAIC), Murcia, Oviedo y Vigo, entre otras. Se producía la paradoja de que, sin estar reconocida la enseñanza oficial en criminología, el número de alumnos matriculados en los estudios no oficiales no dejaba de crecer a lo largo de todo el país, hasta el punto de que constituía una de las cifras más altas de Europa occidental ¹¹⁷.

II. UN PRIMER INTENTO DE CREACIÓN DE ESTUDIOS OFICIALES EN CRIMINOLOGÍA

En 1982 se crea el Consejo de universidades, y Emilio Lamo de Espinosa, catedrático de sociología, accede a su Secretaría general, donde permanecerá hasta 1985. Desde ella plantea la creación de una titulación oficial de criminología, con una estructura de licenciatura de segundo ciclo, y con el declarado propósito de facilitar la incorporación a ella no solo de juristas sino también de sociólogos y psicólogos, como colectivos más relevantes ¹¹⁸. A tales efectos decide entrar en contacto con algunos de los pocos institutos de criminología entonces existentes, para abordar la implantación de los estudios. Tras una entrevista con Manuel Cobo del Rosal, catedrático de derecho penal y director del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, quien alega que representa a otros institutos donde se cursan los estudios no oficiales de criminología, la iniciativa se detiene. Cobo del Rosal defiende el positivo papel desempeñado por los Institutos de criminología en la impartición de esas enseñanzas, y no ve bien su conversión en estudios oficiales.

Conviene recordar un par de hechos relevantes para, entre otros, explicar esa postura: los institutos de criminología de esa época están experimentando un crecimiento muy elevado del número de alumnos matriculados, aportando un importante incremento de ingresos. Además, en 1979 se había aprobado la Ley Orgánica General penitenciaria y, un poco más tarde, su Reglamento. Con ese motivo se crea la figura del jurista-criminólogo en la plantilla de los centros penitenciarios, y el Director general de Instituciones penitenciarias, Carlos García Valdés, abogado penalista y luego catedrático de derecho penal, había aceptado la validez de los estudios impartidos por los institutos de criminología a la hora de acreditar la especialización en criminología de los juristas candidatos a esas plazas ¹¹⁹.

III. LA PROPUESTA DE LOS DIRECTORES DE INSTITUTOS DE CRIMINOLOGÍA

Más de una década después, y a iniciativa del IAIC ¹²⁰, se convoca el 20 de septiembre de 1996 en la universidad de Sevilla una reunión de los directores de los institutos de criminología entonces existentes, cuyo número había crecido significativamente ¹²¹. En esa reunión se acuerda, tras un intenso debate y por una clara mayoría de asistentes: 1. La conveniencia de transformar los estudios de criminología en licenciatura oficial. 2. La necesidad de que la criminología sea una enseñanza de ámbito nacional. 3. La necesidad de contar con criminólogos en las instituciones. Además se decide: comisionar a varios directores de instituto para que se entrevisten con el ministerio competente a los efectos de verificar su disposición ante esta iniciativa, y celebrar una nueva reunión en Valencia ¹²².

La entrevista mantenida por la comisión de directores de institutos más arriba aludida con Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, Director general de enseñanza superior e investigación científica, arroja la conclusión de que el Ministerio está en esos momentos dispuesto a aceptar una propuesta de estudios oficiales de criminología de primer ciclo (diplomatura de tres años), de segundo ciclo (licenciatura de dos años), o de formación profesional superior. A lo que no está dispuesto es a tramitar una solicitud de estudios oficiales de criminología que abarque una licenciatura de primero y segundo ciclo.

Con esa información en la mano se convoca una nueva reunión de directores de institutos de criminología en la Universidad de Valencia en marzo de 1997. A ella se invita también a la Federación de asociaciones de criminólogos de España (FACE) ¹²³. En ella se produce un largo e intenso debate sobre la estructura a otorgar a los estudios oficiales de criminología, en la que priman consideraciones sobre las consecuencias que la estructura adoptada pueda generar sobre el prestigio y contenido de estos estudios, el perfil del alumnado y las perspectivas de empleo de los egresados de estos estudios. Se adopta por mayoría la decisión de configurarlos como estudios de segundo ciclo,

en la terminología de entonces, licenciatura de segundo ciclo. Se acuerda a continuación nombrar una ponencia que se ocupe de elaborar el plan de estudios, y que está constituida por José Luis Díez-Ripollés, Bernardo del Rosal Blasco, Cristina Rechea Alberola ¹²⁴ y Rosa Barberet Havicam. La ponencia acabada de mencionar se reúne en dos ocasiones, en Madrid y en Alicante, y está en condiciones de presentar una propuesta de plan de estudios en la siguiente reunión de los directores de institutos de criminología que tiene lugar en Santiago de Compostela el 30 de mayo de 1997 ¹²⁵. A la citada reunión acuden también tanto la FACE, que, como el resto de participantes, interviene en la presentación de enmiendas y en la final aprobación del plan de estudios enmendado, como la Asociación de criminólogos de España (ACE), de mucha menor representatividad, que mantiene una actitud muy crítica y que se abstiene en la decisión final ¹²⁶. En la reunión se acuerda presentar el plan de estudios aprobado al ministerio, tarea que se encomienda a una comisión constituida por los directores de los institutos de criminología, Borja Mapelli Caffarena (IAIC), Manuel Cobo del Rosal (Complutense), Enrique Orts Berenguer (Valencia), y José María Escrivá Gregori (Barcelona). La aludida comisión se cita en Madrid para asistir a la entrevista acordada con Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, quien recibe con mucho interés su propuesta y promete estudiarla y tramitarla. Pasan unos meses, sin embargo, y no hay noticia alguna sobre el destino de la citada propuesta. Finalmente Luis Arroyo Zapatero, Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha y catedrático de derecho penal, está en condiciones de informar a algunos directores de instituto, a partir de fuentes directas fiables, de que Manuel Cobo del Rosal, una vez que se han despedido los integrantes de la comisión tras la entrevista con el director general, retorna de modo inmediato al ministerio y es recibido de nuevo por el director general, con el que tenía una gran confianza. Al parecer, en esa segunda entrevista a solas ruega a Alfonso Fernández-Miranda Campoamor que, pese a lo prometido, reconsidere la decisión de tramitar la propuesta que le acaba de presentar la comisión de la que él mismo formaba parte.

IV. LA RECUPERACIÓN DE LA PROPUESTA DE LOS DIRECTORES DE INSTITUTOS DE CRIMINOLOGÍA. LA LICENCIATURA DE SEGUNDO CICLO EN CRIMINOLOGÍA

La difícil situación creada pasa a conocimiento de los directores de instituto y de las otras organizaciones participantes en la iniciativa. Tras un intercambio de opiniones, se decide aprovechar el hecho de que a la sazón son miembros del Consejo de universidades, en su calidad de rectores, varios catedráticos de derecho penal sensibles a la importancia de los estudios oficiales de criminología, para intentar presentar de manera directa al citado Consejo, sin pasar previamente por el ministerio, la propuesta de los directores. En consecuencia, José Luis Díez-Ripollés y Juan Terradillos Basoco, que se encuentran en Salamanca el 31 de octubre y el 1 de noviembre de 1997 como consecuencia de una reunión plenaria del Grupo de estudios de Política criminal (GEPC), se entrevistan con Ignacio Berdugo de la Torre, Rector de Salamanca y catedrático de derecho penal, el cual se compromete a presentar la propuesta de los directores, avalada por él y otros rectores, al Consejo de universidades. Y, en efecto, al poco tiempo, Ignacio Berdugo de la Torre, Luis Arroyo Zapatero, rectores ya mencionados, y Antonio Caparrós Benedicto, Rector de la universidad de Barcelona y catedrático de psicología presentan al Consejo de universidades el Plan de estudios de la licenciatura de segundo ciclo en Criminología elaborado por los directores de instituto y otras organizaciones.

Se inicia entonces la tramitación de la citada propuesta: la Subcomisión de evaluación de ciencias sociales y jurídicas se plantea el 13 de octubre de 1998 la creación de unos estudios oficiales en Criminología ¹²⁷. En un documento de 28 de abril de 1999 se concreta que se ha de tratar de una licenciatura de segundo ciclo en Criminología, y se encarga a una ponencia constituida por cinco miembros de la subcomisión la elaboración de un primer documento. La ponencia que se constituye en junio de 1999 la integran los siguientes miembros del consejo de universidades: el presidente de la subcomisión, Lorenzo Morillas Cueva, Rector de la universidad de Granada y catedrático de derecho penal, Ignacio Berdugo de la Torre, que luego pasará a ser el presidente de la Subcomisión, Rector de la universidad de Salamanca, Jesús Rodríguez Marín, Rector de la universidad Miguel Hernández (Elche) y catedrático de psicología social de la salud, y José Luis Martínez López-Muñiz, miembro del Consejo por designación parlamentaria y catedrático de derecho administrativo.

El 5 de octubre de 2000 se acuerda remitir la propuesta emanada de la ponencia para la creación de un título de Licenciado de segundo ciclo en Criminología, a saber, un proyecto de directrices generales acompañado de los complementos de formación, a todos los miembros de la Subcomisión

de evaluación de ciencias sociales y jurídicas para su consideración en el orden del día de la siguiente reunión. A continuación hay varias reuniones de la Subcomisión, al menos el 5 de noviembre de 2000 y el 1 y 27 de febrero de 2001, cuando se introducen diversas modificaciones, constando que la Subcomisión permanente del Consejo de universidades da el visto bueno a la iniciativa el 4 de abril de 2001 ¹²⁸. Esas directrices generales, contenidas en un documento de fecha 24 de abril de 2001, son sometidas a un periodo de enmiendas por las diferentes universidades. Se presentaron en total, vía los rectorados respectivos, un total de 160 enmiendas ¹²⁹. Algún bloque de enmiendas es fruto de una acción coordinada de diferentes institutos o cursos de especialización; en concreto, las cinco secciones del IAIC (Cádiz, Córdoba, Granada, Málaga y Sevilla), el Instituto vasco de Criminología (IVAC) y el Curso homologado por el IAIC de la universidad de Extremadura, tras una reunión celebrada en Sevilla, acuerdan presentar enmiendas idénticas en materia de troncalidad, cursos complementarios y regulación transitoria, que se tramitan por sus respectivos rectorados. La FACE también hace llegar enmiendas, en especial sobre la regulación transitoria, que se configura como uno de los asuntos más polémicos.

La propuesta final se remite por el Consejo de universidades al Ministerio a fines de 2001. El ya ex-rector de la universidad de Granada, Lorenzo Morillas Cueva, que sigue siendo miembro de la Subcomisión, mantendrá a partir de ese momento diversas entrevistas con Julio Iglesias de Ussel, Secretario de estado de Educación y Universidades en esos momentos y con plaza de catedrático de sociología en la Universidad de Granada, para asegurar que la tramitación ministerial de la propuesta no vuelva de nuevo a tropezar con dificultades y llegue a buen puerto. Entre finales de 2001 y julio de 2003 tienen lugar una serie de reuniones de autoridades o funcionarios del Ministerio, sea con los directores de los institutos sea con la FACE sea con ambos, para concretar algunos aspectos de la decisión final a adoptar ¹³⁰. Como se ha dicho, la regulación transitoria pasa a ser un tema especialmente problemático, y el Ministerio muestra interés en saber cuál es la situación en las diferentes Universidades. La cuestión se centra en el valor que hay que dar a las titulaciones propias en función de las exigencias de acceso a ellas, los créditos cursados y el periodo de duración de las enseñanzas, a los efectos de acceder a la licenciatura de segundo ciclo ¹³¹.

La aprobación final por el ministerio del título universitario oficial de segundo ciclo de Licenciado en Criminología y de sus directrices generales tiene lugar el 4 de julio de 2003, por Real Decreto 858/2003. Se puede fácilmente apreciar que los contenidos del Plan de estudios no han sufrido modificaciones esenciales respecto al plan presentado originalmente por los directores de instituto y la FACE ¹³². La Orden ministerial EC/4171/2004 de 13 de diciembre ¹³³ establece el procedimiento y requisitos para la declaración de equivalencia de los estudios no oficiales de criminología al título de diplomado universitario, posibilitando así el acceso a la licenciatura de segundo ciclo a quienes no tuvieran ya una licenciatura o diplomatura previa ¹³⁴. Finalmente se dispone de unos estudios oficiales de criminología, objetivo por el que se había luchado tanto tiempo. Algunas Universidades, como las de Alicante, Barcelona, Autónoma de Barcelona, Gerona, Murcia y Valencia, además de algunas privadas, se apresuran a establecer esos estudios, que comienzan, los primeros, en el curso 2004-2005 y los restantes en el curso 2005-2006. Sin embargo, la profunda transformación que va a experimentar todo el sistema universitario en los años siguientes termina frenando la implantación generalizada de estos estudios ¹³⁵, como veremos en el siguiente apartado.

V. LA IMPLANTACIÓN DEL PLAN BOLONIA EN LAS ENSEÑANZAS UNIVERSITARIAS Y EL GRADO EN CRIMINOLOGÍA

En efecto, en 2003 está ya en la agenda de política universitaria la transformación de todo el sistema universitario para crear un Espacio europeo de educación superior, de acuerdo a la Declaración de Bolonia, que se estructurará sustancialmente en torno a grados y posgrados. Los años siguientes harán que ese objetivo se convierta en un tema preferente de debate y, finalmente, de reforma universitaria. Ello afecta especialmente a unos estudios oficiales de criminología que están en sus inicios. Se plantea, en primer lugar, la conveniencia o no de esperar a la reestructuración universitaria que se avecina, renunciando por el momento a la implantación de las licenciaturas de segundo ciclo en Criminología. En este punto las comunidades autónomas toman decisiones diferentes. Algunas comunidades muy pobladas y con una fuerte tradición en estudios no oficiales de criminología deciden esperar; es el caso, por ejemplo, de Andalucía pese a la enérgica oposición del IAIC. Otras, sin embargo, como ya hemos visto, implantan rápidamente las licenciaturas de segundo ciclo.

Una segunda y relevante cuestión es la de si los estudios oficiales de criminología deben estructurarse como grado o como posgrado. Estamos en buena medida ante un trasunto del intenso debate que ya tuvo lugar unos años antes sobre la alternativa entre estudios de primer ciclo o de segundo ciclo. Los académicos y asociaciones profesionales interesados en la criminología saben que en la Comisión académica del Consejo de coordinación universitaria ¹³⁶ está encima de la mesa la cuestión de si mantener o no los estudios oficiales de criminología y, en caso positivo, con qué estructura. Surgen voces que reclaman replantear la decisión de la reunión de Valencia. Entre los argumentos que se manejan está uno de carácter general: escoger la estructura que permita una mejor homologación con otros estudios europeos similares. Y otros argumentos que resultan contrapuestos: a favor del grado está la pérdida de uniformidad de unos estudios que estaban luchando por consolidarse, la cual se produciría inevitablemente con su conversión en estudios de posgrado. A favor del posgrado, las indeseadas menores exigencias académicas del grado, y la facilidad que tienen los posgrados de acoger a graduados de diversa procedencia. En esas circunstancias, la Rectora de la universidad Ramón Llull, Esther Giménez-Salinas Colomer, catedrática de derecho penal en la citada universidad, tras consultar con algunos directores de institutos y cursos de criminología, convoca el 26 de noviembre de 2004 en la sede del rectorado de su universidad a directores de estudios y a representantes de sociedades científicas o profesionales de criminología ¹³⁷. Objetivo principal de la reunión es hacer llegar al Ministerio y al Consejo de coordinación universitaria la opinión del colectivo sobre la orientación, nivel y estructura que debieran tener en el futuro los estudios universitarios de criminología tras su adaptación al Espacio europeo de educación superior. Tras un intenso debate se acuerda proponer que los estudios universitarios de criminología tengan una estructura de grado, sin perjuicio de los posgrados especializados que las Universidades ofrezcan. Se crea una comisión académica con la finalidad de elaborar una propuesta de plan de estudios que acomode el plan vigente en la licenciatura de segundo ciclo a la nueva estructura de grado, y que está constituida por José Luis de la Cuesta Arzamendi, catedrático de derecho penal, Antonio García Chazarra, presidente de la FACE, Santiago Redondo Illescas, profesor titular de psicología de la personalidad y presidente de la Sociedad española de investigación criminológica (SEIC), y Rosemary Barberet Havicam. También se crea una comisión de memoria justificativa, encargada de justificar los estudios de grado en criminología. Está formada por Ana Isabel Cerezo Domínguez, Luis Ramón Ruiz Rodríguez, ambos profesores titulares de derecho penal, Francisco Bernabéu Ayela, vicepresidente de la FACE, Diego Torrente Robles, profesor titular de sociología de las organizaciones, e Ingrid Sánchez Díez, profesora de derecho penal del menor; luego se incorporarán Mirentxu Corcoy Bidasolo, catedrática de derecho penal y Ángel de Sola Dueñas, profesor titular de derecho penal.

El 4 de febrero de 2005 se produce una nueva reunión en la misma sede, a la que asisten 25 personas que representan a un número de estudios mayor que en la reunión precedente ¹³⁸. Esther Giménez-Salinas Colomer inicia la reunión insistiendo en la urgente necesidad de presentar al Ministerio de Educación y Ciencia la memoria justificativa y el plan de estudios que, tras su previa remisión a los asistentes, debieran aprobarse en esa sesión en la forma de un Libro blanco del Grado en Criminología. Iniciados los debates, se aprueba en primer lugar por unanimidad o por mayoría, según los casos, el contenido del plan de estudios propuesto. A continuación se hace lo propio con la memoria justificativa. Finalmente se acuerda, tras un largo debate y por amplia mayoría, que el grado se denomine de Criminología y Seguridad, tras llegar noticias de que la incorporación del segundo término haría más fácil la aprobación de la propuesta titulación oficial. Se acuerda también la entrega oficial del Libro blanco en el ministerio por una comisión compuesta por Esther Giménez-Salinas Colomer, Antonio García Chazarra, José Luis de la Cuesta Arzamendi, José Luis Díez-Ripollés y Santiago Redondo Illescas, acto que, en efecto, tiene lugar a las pocas semanas. Mientras todo eso se debate, el proceso de transformación del sistema universitario de acuerdo al modelo preconizado por la declaración de Bolonia sigue su curso. Con motivo de la celebración en Málaga, del 26 al 28 de abril de 2007, del IV Congreso español de criminología, auspiciado por la Sociedad española de Criminología (SEIC), la FACE y la sección de Málaga del IAIC, se convoca una nueva reunión de directores de institutos y cursos de criminología, y de directivos de la FACE. En ella se toma nota de que los colectivos de decanos de las diferentes facultades y escuelas superiores se están reuniendo para acordar posturas comunes respecto a la estructura de sus estudios en el Espacio europeo de educación superior. En consecuencia, se acuerda que el colectivo de directores de instituto y cursos de criminología y la asociación profesional mantenga el consenso de mínimos logrado sobre la

estructura y contenidos de los estudios oficiales de criminología en reuniones precedentes, con el fin de presentar ante el ministerio una postura uniforme. En todo caso, como parece inminente la aparición de los reales decretos que darán forma al nuevo sistema universitario, se deciden aplazar posteriores acciones hasta ese momento.

En efecto, el 30 de octubre de 2007 entra en vigor el Espacio europeo de educación superior mediante el RD 1393/2007 ¹³⁹. Para sorpresa de muchos se comprueba que en él se renuncia a un catálogo nacional cerrado de títulos universitarios oficiales, y que en su lugar se autoriza a las universidades para proponer los títulos que les parezcan oportunos dentro de una estructura básica uniforme. Será el Consejo de universidades el órgano que, tras la evaluación positiva de la Agencia nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) o de los órganos equivalentes de las Comunidades autónomas, procederá a verificarlos, condición necesaria para su implantación en la respectiva universidad. Tras seis años deberá renovarse su acreditación por el Consejo de universidades, tras la evaluación correspondiente de la ANECA o de las Agencias de evaluación autonómicas previstas. Esta conformación normativa plantea una tercera y desafiante cuestión a los estudios oficiales de criminología. Su reciente implantación, solo tres años antes, aún no podía garantizar un acervo curricular arraigado que impidiera una dispersión de los contenidos académicos de la criminología, lo que ponía en peligro la autonomía de estos estudios. La experiencia obtenida con la elaboración del libro blanco, y la reafirmación en Málaga de la decisión de actuar coordinadamente, conjuró tal riesgo.

Así, el 18 de enero de 2008 tiene lugar una nueva y nutrida reunión en la Universidad de Barcelona de los directores de institutos y cursos de criminología y de directivos de la FACE, que se considera continuación de la mantenida en Málaga y a la que asisten 34 personas en representación de los órganos indicados ¹⁴⁰. La reunión la preside Mirentxu Corcoy Bidasolo, en compañía de Esther Giménez-Salinas Colomer, Gonzalo Escobar Marulanda, profesor titular de derecho penal y presidente de la SEIC, y Antonio García Chazarra. El objetivo de ella es lograr un consenso sobre los contenidos mínimos del grado en Criminología, una vez conocida la nueva reglamentación de los estudios universitarios. A tales efectos se asume que ya se elaboró en años anteriores un libro blanco sobre los estudios, del que se debería partir ¹⁴¹. En consecuencia, tras el correspondiente debate se adoptan los siguientes acuerdos: a. Los estudios deben denominarse Grado en Criminología ¹⁴². b. Las materias introductorias contenidas en el libro blanco han de pasar a ser materias básicas. c. El grado debe incluir todas las materias del libro blanco, salvo las introductorias por lo acabado de decir. d. Las materias del libro blanco que no han pasado a ser materias básicas deben constituir un mínimo de 90 créditos. e. Entre las materias básicas de primer curso hay que incluir una nueva, no incluida en el libro blanco, de Introducción a la criminología. Por otra parte, dada la gran influencia que han tenido los contenidos del libro blanco en los acuerdos adoptados, se decide conservarlo como estaba y añadir un anexo con las modificaciones acordadas en esa reunión. Se trata, con ello, de mostrar la continuidad de los esfuerzos realizados. Así pues, se nombra una comisión para actualizar el libro blanco, que queda constituida por Gonzalo Escobar Marulanda, Santiago Redondo Illescas, Andrea Giménez-Salinas Framis, y Francisco Bernabéu Ayela. Se le encomienda también a la comisión la remisión de nuevo del libro blanco, revisado, al Ministerio. La nueva versión del libro blanco, bajo la coordinación de Esther Giménez-Salinas Colomer, aparece en ese mismo año de 2008 con cuatro anexos.

Una nueva reunión tiene lugar el 6 de febrero de 2009, convocada por la SEIC y la FACE, y celebrada de nuevo en la Universidad de Barcelona. A ella asisten directores de institutos y cursos de criminología y la FACE, un total de 29 personas ¹⁴³. El objetivo es elaborar un comunicado de protesta por los sendos informes provisionales desfavorables por parte de la ANECA de las propuestas de grado en Criminología presentadas por las Universidades Pompeu Fabra y Autónoma de Barcelona. Preocupan en especial las consideraciones que se hacen sobre la falta de autonomía de la ciencia criminológica y de la profesión de criminólogo, así como la sugerencia de que la criminología sea una mera especialización de grados universitarios previos. Una comisión compuesta por Gonzalo Escobar Marulanda, José Cid Moliné, profesor titular de derecho penal, Íñigo Ortiz de Urbina, profesor ayudante de derecho penal y Antonio García Chazarra redactan un comunicado de protesta que, tras aprobarse, se acuerda enviar a la ANECA, con copia al Consejo de universidades y al Consejo de rectores de las universidades españolas (CRUE) ¹⁴⁴. Se crea otra comisión, compuesta por Santiago Redondo Illescas, Esteban Sola Reche, catedrático de derecho penal, Íñigo Ortiz de

Urbina y Francisco Bernabéu Ayela, para que elaboren una carta abierta a los medios de comunicación sobre la necesidad de los estudios de criminología y la importancia del criminólogo. En esa misma reunión se informa de que, además de las Universidades de Barcelona y Pompeu Fabra, las Universidades Autónoma de Barcelona, Girona y Murcia ya han enviado la solicitud de grado a la ANECA, y bastantes más Universidades, en torno a una docena, están en diferentes fases previas de preparación de su solicitud.

En los siguientes meses y años, en efecto, el grado en Criminología se comienza a impartir en Universidades de toda España.

Concluyo este breve e incompleto resumen de los esfuerzos realizados para asentar los estudios oficiales de criminología en España esbozando algunos de los asuntos que aún quedan por resolver.

El primero de ellos es, sin duda, el del reconocimiento social de la utilidad del saber y técnica criminológicos para el abordaje de la criminalidad y del control de las conductas desviadas en general. Los egresados en criminología se encuentran en estos momentos con unas instituciones y unos agentes económicos y sociales que aún no han comprendido el importante papel que puede jugar el profesional criminólogo a la hora de confrontar situaciones sociales conflictivas muy diversas. Ello repercute en que estos profesionales tropiezan con graves dificultades para incorporarse al mercado de trabajo. El segundo tiene que ver con otro reconocimiento, en este caso de la docencia e investigación criminológicas en el ámbito de la academia. No me refiero a la necesidad de que la criminología muestre su fuste docente e investigador, cualidad que pienso que está sobradamente acreditada. Se trata, más bien, de que se le haga el hueco que se merece en el conjunto de resortes académicos que permiten el progreso de una disciplina. Es el caso, ante todo, de la creación de un área de conocimiento de Criminología, instrumento formal de gran valor para aunar metodologías, objetivos científicos e intereses académicos. Su necesidad es desde hace algún tiempo ampliamente aceptada, aun cuando no siempre fue así. También es relevante que los organismos de evaluación nacionales y/o autonómicos encargados de acreditar al profesorado para optar a plazas superiores, así como de reconocer méritos de investigación a efectos de obtención de sexenios, conozcan adecuadamente las cualidades propias de la investigación y docencia en criminología. Es un secreto a voces que las comisiones correspondientes tienden a realizar evaluaciones de la actividad académica en criminología de acuerdo a parámetros de calidad que con frecuencia no son los pertinentes en esta disciplina. Especialmente en el ámbito jurídico ha de calar la idea de que la criminología, con sus peculiaridades metodológicas, es un instrumento de primer orden para asegurar la calidad del derecho penal y, por ello, merece ser valorada de manera respetuosa y diferenciada de este último. Solo la ignorancia permite explicar actitudes defensivas de los penalistas ante los progresos de la criminología ¹⁴⁵—. Por último, la corta experiencia ya obtenida en la impartición de los grados de criminología está sacando a la luz problemas antes apenas entrevistos. Uno de ellos tiene que ver con la proliferación de los dobles grados en criminología y... derecho, psicología u otros grados con una larga tradición académica y de empleabilidad a sus espaldas. Su atractivo, derivado de que la criminología, como hemos dicho, no dispone todavía de un acceso consolidado al mercado de trabajo, puede terminar socavando la autonomía de los grados en criminología con importantes repercusiones en el perfil del criminólogo. Las soluciones no están claras por el momento, pero es un aspecto a reflexionar seriamente.

Derecho Penal y Psiquiatría. De cómo una psiquiatra se aventuró por el mundo penal y criminológico siguiendo al Prof. Terradillos

Julia Cano Valero

Prof. Asociada Área de Psiquiatría y Psicología Médica

Dpto. Neurociencias. Universidad de Cádiz

Vayan por delante mis disculpas por hacer de esta aportación, más que un trabajo académico, un relato vivencial, de admiración y de gratitud. Es lo que me ha sugerido la invitación a participar en este homenaje escrito. Invitación que llegó de parte de personas del Área Derecho Penal muy queridas y que acepté con el mismo entusiasmo que me provoca el ser humano hacia quien va dirigido. Como soy una especie infiltrada en el mundo del Derecho espero benevolencia y no me resisto a la tentación de contar el impacto de Juan M. Terradillos Basoco en mi propia historia.

La fascinación por el campo de la Psiquiatría y la Ley la sembró en mí el Prof. Alfredo Calcedo Ordoñez ¹⁴⁶—, que había sido profesor de Psiquiatría en la Facultad de Medicina de Cádiz, con quien tuve la suerte de formarme y al que considero mi maestro. En aquel momento, era profesor de Derecho Penal en Jerez el Prof. Muñoz Conde. Había tenido el placer de escucharlo en algún curso

y sus conferencias incrementaron más la curiosidad que ya tenía sobre las relaciones entre la Psiquiatría y la Ley, en general, y en particular con el Derecho Penal.

Mi primer proyecto de Tesis Doctoral, fue estudiar la población de pacientes judiciales del entonces Hospital Psiquiátrico del Puerto de Santa María. Intento que fracasó por varias razones que resumiré sólo en una: aquella institución y el sistema jurídico-sanitario que la sostenía, eran susceptibles de una radical y profunda reforma. Reforma necesaria y urgente que afortunadamente se produjo en poco tiempo. Lo cierto es que la experiencia me despertó una enorme preocupación, descubrí el drama del enfermo mental que tropieza con la Ley y que es privado de sus derechos más básicos. Preocupación que mantengo hasta hoy y que me la reavivan casi a diario tanto las personas con trastorno mental grave que vagabundean por las calles, como los elevados porcentajes de enfermos psíquicos reclusos en prisión que se publican.

Centré pues mi objetivo en la Jurisprudencia Penal. Cómo y de qué manera la justicia penal consideraba a los enfermos mentales delincuentes, en base a qué argumentos, a partir de qué información, tomaba según qué decisiones sobre ellos. Para investigar sobre estas cuestiones me propuse analizar exhaustivamente los casos de la Sala Segunda del Supremo que se relacionaban con enfermedad mental, comparando dos periodos de tiempo con un intervalo de diez años: antes y después de la Constitución y del Estado de Derecho, antes y después de la generalización del uso de las clasificaciones internacionales de enfermedad, que venían a unificar criterios nosológicos psiquiátricos. Tanto el marco legal como el clínico se modificaban profundamente en ese intervalo temporal ¹⁴⁸.

Necesitaba orientación en Derecho, había perdido la posibilidad de conectar con Muñoz Conde que ya no estaba en Jerez, así que pregunté quién era y como se llamaba el nuevo catedrático de Penal. Me hablaron de un tipo joven y contundente en sus conocimientos e ideología apellidado Terradillos. Así que llamé a la Facultad de Derecho a preguntar por él y me pasaron al Decanato. Vaya, es el Decano, pensé. Me atendió una voz muy seria que me citó para un par de días después. Ni que decir tiene que, por teléfono, le hablé respetuosamente de usted como correspondía a la situación. De traje de chaqueta y con mi portafolio, acudí a la hora prevista al Decanato: la secretaria me indicó que esperase un momento que vendría enseguida. Mientras esperaba, se plantó frente a mí un sujeto joven que me saludó con un ¡hola! yo le respondí con otro y continué sentada esperando al Decano... En unos segundos pensé, ¿no se va? ¡Es él! Me puse en pie como empujada por un resorte, empecé a tutearlo, ¿no me digas que tu eres...? ¿Qué hay de raro?, preguntó con su peculiar tono de voz de puro castellano, empecé a explicarle que no tenía aspecto de catedrático, que los de medicina eran señores mayores encorbatados...empecé a meter la pata mientras me daba cuenta de que lo hacía. Para rematar, comentó que mi tema le interesaba puesto que había conseguido para Jerez el Instituto Andalúz Interuniversitario de Criminología, culminé el patinaje diciendo *pues si necesitas un psiquiatra aficionado a los crímenes aquí estoy yo*, al tiempo que levantaba un dedo...y seguía dándome cuenta de que la estaba pifiando, confirmado el hecho por una mirada profunda que me clavó sin decir nada más, antes de pasar a su despacho. *Mal empiezas Julia*, pensé mientras le seguía. Tras ese embarazoso primer momento para mí --con el tiempo, al conocerlo mejor, pensé lo que tuvo que reírse, eso sí, hacia dentro, de esa pardilla de psiquiatra-- pasó casi tres horas conmigo esa mañana, puntualizó acertadas observaciones sobre el tema, me regaló separatas de artículos suyos sobre imputabilidad ¹⁴⁹¹⁵⁰, claves para mí trabajo. Me acompañó a la biblioteca, me presentó a la bibliotecaria y hasta me ayudó a sacar el carnet de investigador. Recuerdo salir de la antigua Facultad de Derecho más que impresionada, entusiasmada, con ese tipo y con la tarea que yo emprendía a partir de aquel momento. Conocer los entresijos del funcionamiento judicial, la jurisprudencia, la actividad pericial, las medidas de seguridad de la Reforma del Código Penal del 83, el nuevo código que se preveía, el del año 95, llamado «Código Penal de la democracia.» Un mundo apasionante se abría ante mí.

Tras varios meses dedicada a navegar, sin internet entonces, por el mundo del Derecho, la chica de la biblioteca, que cuando archivaba un libro o revista, buscaba si había algo de interés para mi investigación (hasta el punto de detectar notas a pie de página en textos nuevos cuyo contenido podía interesarme) vino a decirme *Julia: ya lo has visto todo* ¹⁵¹. Por aquel entonces ya había tenido la oportunidad de comentar mi proyecto de tesis con el Prof. José María Navarrete de Sevilla que llegó a invitarme a su casa y me ofreció su biblioteca personal. Don Marino Barbero me escuchó y apuntando su teléfono personal en una tarjeta me la dio diciendo que cuando fuese a Madrid le llamase. Esos y otros apoyos recibidos me confirmaban que el tema elegido tenía interés.

Al ser mis casos sentencias de la Sala 2ª del Supremo, podía hacer gran parte del trabajo en casa, lo que me permitía atender a mis dos hijos pequeños, y cuando era preciso acudía por el despacho de Terradillos para aclarar dudas o comentar alguna cuestión. Sus respuestas: siempre certeras y sabias. Las anécdotas de ese tiempo son ricas y muy numerosas, algunas las recuerdo especialmente: un día fui a su despacho preocupada, a decirle que me había dado cuenta que el desarrollo histórico de las relaciones entre la Psiquiatría y el Derecho lo estaba viendo sólo desde Foucault ¹⁵², ¿hay otra visión desde donde estudiarlo? le pregunté: *No hay otra*, afirmó.

Debió ser por entonces cuando decidí que la referencia que mejor definía el trabajo de mi tesis, era la de Foucault que, cuando habla del conocimiento *como un lance de suerte o el resultado de un largo compromiso*, cita a Nietzsche: «el conocimiento es como una centella que brota del choque entre dos espadas», *pero que no es del mismo hierro del que están hechas las espadas* ¹⁵³, apostilla Foucault. Yo escudriñaba la centella, el punto de contacto entre dos ciencias normativas de diferentes lenguajes y objetivos. El enfermo mental que incurre en delito obliga al encuentro entre la Psiquiatría y la justicia penal. Era la *centella* a estudiar. Lo mío fue entonces un lance de suerte: encontrar a Juan Terradillos, hoy es el resultado de un largo compromiso.

Más adelante, en otro momento, fui a preguntarle si era importante Anselm Von Feuerbach ¹⁵⁴ en el Derecho Penal. Y me miró, como sorprendido, con esa profunda mirada Terradillos, y contestó: *¿importante? Posiblemente no hay pena de muerte en Europa gracias a él*. Para entonces ya había decidido que cada vez que tuviese que hablar de víctimas presentaría a Gaspar Hauser como una víctima emblemática y su caso como el dramático ejemplo de delito sobre el alma. Sobre él se cometió, en palabras de Feuerbach, *el más criminal de los atentados, puesto que va dirigido contra el patrimonio más auténtico del hombre, su libertad y su vocación espiritual* ¹⁵⁵.

El profesor Terradillos estuvo en mi tribunal de Tesis, no podía ser de otra manera. Tras la defensa de mi trabajo en la Facultad de Medicina de la Complutense ¹⁵⁶, mis amigos y familiares, que habían estado presentes, estupefactos preguntaban *¿y éste es tu amigo de Jerez?* Les había sorprendido que Juan, miembro del tribunal, empezase su intervención --más serio aun de lo normal si cabe-- diciendo: *Es la primera vez que tengo que juzgar un trabajo en el cual estoy en el capítulo de agradecimientos* --¿Cómo no lo iba a poner?-- y tras eso me acribilló a preguntas y observaciones, llegando hasta el punto de señalar una errata en una página: Lombroso aparecía con dos eses. Demostrando lo que normalmente no hace casi nadie: haberse leído el trabajo de principio a fin. Recuerdo que pensé: ¡Magistral! absolutamente genial. Mi gente no comprendía como yo, lejos de estar molesta, no solo no me había incomodado sino que, por el contrario: me había entusiasmado su intervención. Como todo en la vida: una vez que las cosas se explican adecuadamente se entienden, y me entendieron, Terradillos hizo lo que tenía que hacer.

La defensa de mi Tesis culminó en el almuerzo posterior preceptivo al que, por carambolas del destino, solo acudieron dos personas: el Prof. Calcedo Ordoñez y el Prof. Terradillos Basoco. Imaginen el disfrute de escuchar a ambos maestros, en buena sintonía, disertando sobre psiquiatría y derecho todo el tiempo. Aun revivo, al recordarlo, la sensación de privilegio que en aquel momento me embargó.

Cada inicio de curso en Criminología, cuando me presento el primer día, me excuso ante mis alumnos por no ser criminóloga. No pude matricularme, no me dejó Juan Terradillos. Fui a Jerez a matricularme el primer año del experto, allá por el año 1990 y la secretaria me informó de que el profesor Terradillos había dado orden de que no se me dejase matricular. Me enfadé, tremendamente, y fui a su despacho a pedirle explicaciones: *¿Es que un psiquiatra no puede ser criminólogo?*, callado --que bien maneja los silencios, tanto o igual de bien que las palabras-- me dejó exponer todos los argumentos nacidos de mi indignación y cuando terminé dijo: *Está mal visto que un profesor de una disciplina este matriculado en los mismos estudios en los que la imparte*. Así fue como me enteré que iba a ser la profesora de Psiquiatra Forense. Remató diciendo: *no conozco a ningún otro psiquiatra que haya investigado sobre estos temas*. Y hasta hoy. De nuevo, repito: genial.

Gracias a Juan Terradillos he podido recorrer la brillante andadura, tanto del Instituto Andalúz Interuniversitario de Criminología, sección de Cádiz, como del Grado de Criminología y Seguridad en la Universidad de Cádiz. Desde los inicios de la Criminología en Cádiz y durante todo su desarrollo, he participado en actividades y proyectos diversos en los que se requería mi colaboración como psiquiatra: aspectos psiquiátricos de la violencia sexual y de la de género, de la delincuencia de

menores y jóvenes, de la simulación y el engaño, del daño psíquico y la victimización y un largo etcétera de temas que van más allá de la exclusiva, y básica, imputabilidad/inimputabilidad. Aportando honestamente lo mejor que podía dar desde la Psiquiatría Clínica y desde la Psiquiatría Legal, como miembro de la Sociedad Española de Psiquiatría Legal ¹⁵⁷ de ya largo y fructífero recorrido. Da vida y genera entusiasmo el compartir, con mentes ávidas de conocimiento, todo lo que uno descubre en el ejercicio de una profesión fascinante como es la mía, y donde el encuentro con la Justicia y el Derecho aporta un plus de interés, responsabilidad y pasión. Todo lo que la Criminología ha supuesto para mí como profesional, y lo que me ha enriquecido como persona, no hubiera sido posible si a aquel Decano de la antigua Facultad de Derecho de Jerez no le hubiesen interesado mi persona ni mis temas.

Mi agradecimiento inmenso además por la extraordinaria conferencia de apertura que nos regaló en el XXII Congreso Nacional de la Sociedad Española de Psiquiatría Legal, celebrado en Cádiz en junio de 2013. Asombró a los congresistas con un repaso detallado a las relaciones entre la Psiquiatría y el Derecho Penal en España. Tituló su exposición: «*La nueva peligrosidad criminal: un reto para la Psiquiatría Legal*». Anticipándose a la *peligrosa* reforma del Código Penal que irremediabilmente se produjo en verano de 2015. La estructuró, magistralmente, de la siguiente manera:

I. EL PASADO IMPERFECTO: El modelo jurídico-penal. La práctica forense. II. EL PRESENTE PROBLEMÁTICO: La ruptura del modelo: LO 5/2010 III. EL FUTURO INCIERTO: El Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013 IV. LOS RETOS

Resultó académicamente perfecto y brillante en su exposición. Inmejorable la conferencia. Los asistentes encantados y satisfechos, entre ellos una estupenda psiquiatra venida de Murcia: Marisa Terradillos. Las dos felices, ella como hermana y yo como presidente del Comité Organizador.

Recientemente, conecté con él cuando escribía el prólogo a un libro de Criminología Clínica ¹⁵⁸, quería citarlo correctamente y con su autorización. Le expliqué que solo nombraba a tres autores: a Descartes, a García-Pablos y a él. A Antonio García-Pablos, querido maestro de la Criminología Española, por su definición del crimen como *doloroso problema humano y social*. A Descartes por la necesidad de que la labor pericial se ciña a la lógica y huya de las falacias, *haciendo recuentos tan integrales y revisiones tan generales hasta estar seguros de no omitir nada* ¹⁵⁹. Y a Terradillos del que aprendí --entre otras muchas cuestiones básicas-- que la estimación de la condición de «peligrosidad» en un individuo trae aparejada la eventual y *peligrosa* intervención sobre él.

Este momento de homenaje y agradecimiento al Profesor Terradillos, va a coincidir con mi retirada de la Universidad de Cádiz. Me iré cargada de satisfacciones, entre ellas la de participar en este proyecto y celebrar a un profesor excepcional, de tan aguda inteligencia. Con seguridad ha dejado su impronta en numerosos discípulos, a los que como a mí, ha abierto la mente y facilitado el conocimiento, ha transmitido sentido crítico y enseñado Justicia ¹⁶⁰. No se puede pedir más a un docente.

Diversidad cultural y Derecho penal

Guillermo Portilla Contreras

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Jaén

A Juan Terradillos, en reconocimiento a su lucha permanente en defensa de los bienes colectivos.

I. LA IDENTIDAD CULTURAL EN LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

La identidad/diversidad cultural es un derecho humano con rango constitucional que tiene que ser apreciado como tal en la configuración de un Derecho Penal Intercultural. En consecuencia, todos los conflictos culturales deben resolverse valorando la diversidad a través de los elementos de la teoría jurídica del delito, incluso en aquellos casos en los que se produce la afección de derechos fundamentales básicos. A veces, podrá negarse la imputación objetiva por ausencia del fin de protección de la norma, en otros casos se cuestionará el valor del consentimiento en el delito de lesiones por adecuación social; en otras ocasiones se podrá recurrir al ejercicio legítimo de un derecho ¹⁶¹, al estado de necesidad ¹⁶², al error de prohibición sobre aquéllas causas de justificación, al error de comprensión, en la medida en que la concreta cosmovisión le impida comprender la ilicitud de su conducta --más adelante veremos si como error de prohibición o como causa de inimputabilidad--; y, finalmente, se puede recurrir a la inimputabilidad como incapacidad para

comprender lo ilícito del comportamiento realizado o incluso a la exigibilidad de otra conducta. Lo cierto es que no puede proponerse una misma solución para todos los casos de confrontación cultural. La incógnita radica, por tanto, en la elección del modelo de Derecho Penal Intercultural que se pretende, uno que reconozca y otorgue valor a la identidad cultural en el ámbito penal sin caer en el universalismo despótico ni el relativismo absoluto ¹⁶³. ¿Qué hacer cuando el integrante de una comunidad cultural, en el ejercicio de determinados usos o tradiciones, realiza un comportamiento que es delictivo sólo para el sistema jurídico general, cuando ciertas prácticas ancestrales, que no pretenden menoscabar bienes jurídicos esenciales sino cumplir con una costumbre que facilita la integración del sujeto en su comunidad, se oponen al código de conductas de la sociedad de acogida (ablación genital, matrimonio coactivo, relación sexual con menor de edad). En tales supuestos, ¿se debería tener en cuenta en el momento del enjuiciamiento la particular cosmovisión del autor de ese proceder?, y de ser así, ¿qué alcance tendría?, ¿cómo reconducirla dentro de la teoría jurídica del delito?, ¿si eximimos o atenuamos la pena, no quedaría en tela de juicio el desvalor que el sistema jurídico nacional atribuye a ese comportamiento, es decir, no quedaría desprotegido el bien jurídico afectado, o en duda el sistema de valores esenciales de la justicia ordinaria?, ¿cómo se garantizaría entonces la protección del bien jurídico afectado por ese comportamiento?

Para encontrar una solución a todas estas interrogantes debemos acudir al Convenio 169 OIT, en concreto, el art. 9.2 señala que «*las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia*», es decir, se deberá atender a sus costumbres, características o especificidades sociales y culturales ¹⁶⁴, sus parámetros culturales, que los identifican como integrantes de una comunidad cultural ¹⁶⁵. No debe olvidarse que España está obligada, al ratificar este Convenio el 15 febrero 2007, a valorar penalmente la identidad cultural, lo que comporta la obligación de tener en cuenta las características o condiciones sociales y culturales de los integrantes de comunidades que afectan derechos tutelados por las normas ordinarias.

El alcance de las disposiciones del Convenio OIT se circunscribe a la *exigencia* dirigida a los jueces penales consistente en tomar en consideración las condiciones socio-culturales o costumbres del infractor o imputado integrante de una comunidad cultural --miembros de grupos sociales que tienen una cultura definida y distinta de la cultura nacional o mayoritaria-- siempre que la conducta haya estado condicionada por aquellas circunstancias. Así, en las hipótesis de comportamientos delictivos realizados en el ejercicio de un uso tradicional que implique la integración en la comunidad cultural de que se trate, y sin perjuicio de su calificación antijurídica según el sistema jurídico general ¹⁶⁶, deben permanecer abiertas las figuras penales que permiten graduar el juicio de culpabilidad del infractor culturalmente condicionado, en atención al principio de igualdad. En otras palabras, habrá que determinar si «por su particular cosmovisión» ¹⁶⁷ le era posible conocer la prohibición, o bien «entender», «comprender», aunque conociera la ilicitud al momento de cometer el hecho, que su conducta en otro ordenamiento es considerada «reprochable» penalmente ¹⁶⁸.

II. IDENTIDAD CULTURAL Y ERROR DE PROHIBICIÓN

A veces, en aquellos casos en los que el autor no pudo llegar a conocer la norma o duda sobre la legalidad de su comportamiento, puede fundamentarse un error de prohibición directo o indirecto, invencible o vencible, que permitirá, en función de esos criterios, graduar la culpabilidad del autor del delito ¹⁶⁹. Sin embargo, la doctrina suele ser reacia a admitir el error de prohibición directo e invencible cuando se lesionan derechos fundamentales ¹⁷⁰. Precisamente, CEREZO MIR se muestra tajante al considerar excesivo el reconocimiento de eficaciaeximente al error invencible sobre lo ilícito penal o sobre lo injusto material en los supuestos en que se atente contra derechos fundamentales, vida, integridad corporal, libertad o libertad sexual. Razón por la que propone de *lege data* que el error sobre lo injusto material o sobre el carácter penal de lo injusto, sea vencible, cuando la conducta afecte a derechos fundamentales de la persona ¹⁷¹. Argumento que es concretado aún más por DE MAGLIE cuando reconoce la diferencia cultural siempre que no afecte al núcleo duro de los derechos, al considerar que no podrán invocarse las pretensiones culturales cuando se violen derechos inviolables como la vida, integridad física, libertad moral, libertad sexual o siempre que la ofensa sea realizada con el uso de la violencia ¹⁷². En idéntica dirección, TORRES FERNÁNDEZ rechaza la posibilidad de aceptar el argumento cultural cuando se trata de excluir la responsabilidad

por hechos, que «constituyen el núcleo básico de delitos contra bienes jurídicos de titularidad individual y que están en la base de la dignidad de la persona»¹⁷³. Asimismo, ROCA DE AGAPITO, estima que no debe tolerarse la intolerancia o las restricciones internas que la minoría impone a sus miembros, en particular los más vulnerables como son niños y mujeres¹⁷⁴. Por último, MONGE FERNÁNDEZ, aunque mete en el mismo saco «cultural» los supuestos de mutilación genital y los de lapidación de viudas, rechaza sin ambages la atenuación de la pena por tratarse de comportamientos incompatibles con la dignidad de la persona¹⁷⁵.

Los Tribunales españoles suelen condenar los comportamientos caracterizados por la diversidad de tradiciones sin valorar la identidad cultural del autor. A veces, excepcionalmente, se atenúa la pena y en otras, no se sanciona, pero, no por interpretar la dificultad para acceder a lo ilícito del comportamiento o a la incapacidad para comprender la antijuridicidad de la conducta¹⁷⁶.

III. EL ERROR DE COMPRENSIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO COMO CAUSA DE INIMPUTABILIDAD

El error de prohibición se ajusta perfectamente a los supuestos de incapacidad para acceder al conocimiento del ilícito pero no cuando el error es de *comprensión* en la valoración antijurídica del comportamiento realizado. En efecto, no estamos ante un error de prohibición cuando la cosmovisión del autor, que responde fielmente a la tradición de la comunidad cultural en la que se integra, le impide comprender la ilicitud del comportamiento o la razón universalista que fundamenta la prohibición penal¹⁷⁷. Ahora bien, ante la dificultad de encuadrar el error de comprensión en el error de prohibición ¿qué respuesta dogmática puede ofrecerse?

Hay que recordar que la figura del error de comprensión fue doctrinalmente diseñada por ZAFFARONI al censurar como etnocéntrica su ubicación como causa de inimputabilidad. Por el contrario, este autor sustenta que en los supuestos en los que no sea exigible la posibilidad de comprender la antijuridicidad de la conducta, en el sentido de internalizar las normas, debe aplicarse un error invencible de prohibición en la forma de error de comprensión¹⁷⁸. Tesis que se ha plasmado en el artículo 15 del Código Penal peruano que prevé la exclusión de responsabilidad en el caso de que la cultura o costumbres generen en el sujeto la incapacidad para comprender el carácter ilícito de su acto para determinarse de conformidad a ello. Si lo que ocurre es que sólo se produce una disminución de la facultad mencionada, entonces la pena se atenúa. En consecuencia, son dos los supuestos de error sobre la comprensión previstos en este precepto: por un lado, el «error de comprensión culturalmente condicionado» y, por otro, el de la «conciencia disidente». Desde esta posición, los casos de error de comprensión culturalmente condicionado se resuelven como error de prohibición directo¹⁷⁹.

Pero, la interrogante sigue sin resolverse, ¿esta forma de definir el error de comprensión se corresponde verdaderamente con el error de prohibición o se adecúa mejor a una de las causas de inimputabilidad? Con razón, HURTADO POZO, ha expuesto que el artículo 15 del Código Penal peruano, más que identificarse con la figura del error de prohibición está ofreciendo una solución en el marco de las causas de inimputabilidad. Apoya su tesis en que tiene la misma estructura que el artículo 20, inciso 1, que regula la inimputabilidad: «la no comprensión del carácter delictuoso del acto o la incapacidad de determinarse...». La diferencia aparentemente radica en que el artículo 15 habla de la «cultura» o las «costumbres» del agente, mientras que el artículo 20, inciso 1, se refiere a una «anomalía psíquica», «grave alteración de la conciencia», o «alteración de la percepción»¹⁸⁰.

Por tanto, la cuestión a dilucidar es si el autor pudo llegar a conocer la norma que prohibía su actuación o si, conociéndola, fue incapaz de comprender su significado. Si acontece esto último, no hablamos técnicamente de un error de prohibición sino de un supuesto de inimputabilidad. Además, el mayor inconveniente que presenta concebir el error de comprensión como error de prohibición, más allá de que el error de prohibición del art. 14.3, pueda extenderse a los supuestos de conocimiento del ilícito sin comprender la razón de la antijuridicidad, como error de prohibición indirecto, reside en que si el error es invencible no habría sanción, por lo que se mantendría la actualidad del peligro respecto al bien jurídico. De hecho, en una ablación, impune por aplicación de la exención citada, la peligrosidad permanece intacta si el autor tiene hijas aún no mutiladas (quedando siempre abierta la posibilidad de la participación en ablaciones de otras niñas)¹⁸¹.

Ante esa dificultad, el sistema penal colombiano ha construido una *causa de inimputabilidad* basada específicamente en la diferente «cosmovisión cultural»: está prevista expresamente en el art. 33 del

Código penal (Ley 599 de 2000, de 24 de julio) que dispone: « *Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares*» ¹⁸².

La solución del error de comprensión culturalmente condicionado a través de una causa de imputabilidad fue puesta en duda por la Corte Constitucional colombiana en la SC 370/2002, de 14 de mayo ¹⁸³. Se cuestiona el posible sesgo peyorativo que conlleva dirigido a la comunidad cultural de que se trate (no sólo a sus miembros integrantes), al calificarse la diversidad socio-cultural como un «estado» similar, o situado en el mismo plano que la «inmadurez psicológica» o el «trastorno mental» ¹⁸⁴. Pero, al tiempo, el Tribunal es consciente de la controversia que despierta ubicar el error de comprensión de la ilicitud por factores culturales en el marco del error de prohibición. En esta situación de incertidumbre, y ante la posibilidad de no encontrar amparo legal alguno, ha preferido defender la constitucionalidad de esta causa de inimputabilidad, con la siguiente reserva ¹⁸⁵: debe precisarse por el juez (en la sentencia) que la inimputabilidad *por diversidad sociocultural* no deriva de una incapacidad de la persona sino *exclusivamente* de una cosmovisión diferente, es decir, que está motivada por una distinta perspectiva de las cosas, en la diferencia de racionalidad de las comunidades culturales, sólo así es posible eliminar los posibles efectos peyorativos de la figura.

Del mismo modo, en el sistema penal español, el error de comprensión culturalmente condicionado debe resolverse en el ámbito de la culpabilidad. De hecho, existen dos opciones: la primera, de *lege data*, dentro de la denominada alteración de la conciencia de la realidad, alteración de la percepción, que, por supuesto, debe ser revisada y reformulada puesto que su denominación es anacrónica ¹⁸⁶, atendiendo a la dispareja valoración de la realidad por pertenencia a una comunidad cultural diferente. Una tesis que en la doctrina española ha sido defendida por TERRADILLOS BASOCO, cuando así interpreta la percepción referida a los valores culturales que se reflejan en las normas penales de las que carece el miembro de la comunidad minoritaria con valores distintos a los hegemónicos ¹⁸⁷. La segunda posibilidad consistiría en crear de *lege ferenda* una nueva causa de inimputabilidad que aluda expresamente a la diversidad socio-cultural, semejante a la existente en el artículo 33 del Código Penal colombiano.

Por lo demás, tener en cuenta la identidad cultural, la diferente cosmovisión por la conciencia de pertenencia a una determinada comunidad cultural en el sentido del Convenio 169 OIT, el recurso al error de comprensión (basados en factores culturales) no quiere decir, ni se pretende, que deje de garantizarse la salvaguarda de los bienes jurídicos esenciales de la comunidad. Precisamente si valoramos el alcance de la diversidad cultural en el marco del juicio de culpabilidad, se garantiza el desvalor del comportamiento como contrario a derecho, la calificación antijurídica de la conducta en tanto lesiva de bienes jurídicos esenciales, con lo que se salvaguarda así el bien jurídico afectado. Así se pronuncia también la SC 370/2002, de 14 de mayo, Corte Constitucional colombiana, cuando señala que el diálogo intercultural que así se establece --bajo los parámetros mencionados-- tiene también la finalidad de manifestar que, desde la diversidad de cosmovisión, la conducta del autor no es permitida en el contexto cultural del sistema jurídico general, un diálogo que tiene, por ello, fines preventivos.

En consecuencia, no se invoca aquí la diversidad/identidad cultural como coartada para la vulneración de derechos humanos pues la conducta culturalmente condicionada es considerada delictiva ¹⁸⁸, sino con otra finalidad, graduar, en su caso, la culpabilidad conforme a las reglas generales del sistema penal.

Ahora bien, la decisión político-criminal de tipificar expresamente prácticas derivadas de usos culturales de una comunidad como símbolo de integración en la misma --mutilación genital o el delito de matrimonio forzado-- ¹⁸⁹, tal vez pretenda cerrar el paso a esta exigencia de valoración ¹⁹⁰. Su expresa tipificación parece descartar cualquier recurso a la diversidad cultural --al condicionamiento *de quienes son culturalmente diversos*, a la diferencia de racionalidad y cosmovisión de las comunidades culturales-- ¹⁹¹ como factor susceptible de ser encuadrado en cualquiera de las figuras que gradúan la culpabilidad. Esta misma finalidad la encontramos en las

decisiones judiciales y opiniones doctrinales que niegan *a priori* el carácter cultural de tales prácticas y excluyen el dialogo intercultural cuando se afectan derechos fundamentales (libertad sexual, integridad física o moral) ¹⁹².

Una cosa es reconocer como ilícitas tales prácticas, sin negar la posibilidad de graduación de la responsabilidad en función de la diversidad, y otra, mantener una posición que *ex ante* impugna el carácter cultural de tales tradiciones y la imposibilidad de atenuar la pena ¹⁹³.

Retornando a la cuestión del error de comprensión, decíamos que los supuestos de imposibilidad de comprensión de la antijuricidad no deben resolverse a través de la técnica del error de prohibición sino como un supuesto de inimputabilidad. Una inimputabilidad que no es consecuencia de una base biológica sino de la convivencia en una cultura diferente a aquella en la que está integrado el autor. En tales situaciones, el sujeto puede conocer perfectamente la ilicitud de su comportamiento, lo que no puede asimilar es su antijuricidad y obrar conforme a ese conocimiento. En definitiva, es incapaz de interiorizar la norma penal a causa de su cultura, no ha tenido un acceso normal al imperativo contenido en la norma o no ha estado en condiciones de autorregular su conducta de acuerdo con él ¹⁹⁴.

Resumiendo, en los conflictos culturales pueden darse varias situaciones con soluciones diferentes: en los supuestos de imposibilidad de acceder al conocimiento de la ilicitud del comportamiento debe aplicarse el error de prohibición invencible. Sólo sería vencible cuando el autor culturalmente motivado hubiera podido en abstracto y en concreto acceder al conocimiento de la ilicitud a través de los medios de información disponibles que, de modo objetivo, hubieran evitado tal error. La única objeción al recurso al error de prohibición radica en que de valorarse el error como vencible habría que condenar atenuando la pena, una pena que carece de sentido en casos de identidad cultural por no cumplir un fin constitucional. Otra cuestión distinta es que el autor conozca la ilicitud pero no pueda comprender la razón de la prohibición. En estos casos de error de comprensión no puede acudir al error de prohibición pues el autor conoce la ilicitud pero no percibe la antijuricidad del comportamiento por identidad cultural. Nos encontramos entonces en el ámbito de la inimputabilidad, excluyendo cualquier referencia a razones biológicas, y centrándonos únicamente en las razones de identidad que dificultan al culturalmente condicionado el acceso a la comprensión del injusto.

Reformas penales y gobernar a través del delito: el caso peruano ¹⁹⁵

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Catedrático de Derecho Penal

Juez Titular de la Corte Suprema de Justicia del Perú

I. GOBERNAR A TRAVÉS DEL DELITO Y PUNITIVISMO EN EL PERÚ

Una característica actual y recurrente del proceso de formulación, adopción e implementación de políticas públicas en Latinoamérica, es su inseparable vinculación con el control del delito. Este extendido fenómeno contemporáneo responde a un inédito modelo de gestión estatal y de gobernanza al que atinadamente se le identifica como *gobernar a través del delito* ¹⁹⁶. El Perú no ha sido ajeno a esa tendencia política como lo ponen en evidencia sucesivos actos de gobierno que han ocurrido recientemente en este país andino. Por ejemplo, entre los años 2016 a 2017, ha sido frecuente el requerimiento de facultades legislativas extraordinarias formulado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República, con la finalidad reiterada de viabilizar la aplicación de estrategias de reactivación económica y financiera. Lo relevante de ello, es que todos estos pedidos estuvieron siempre acompañados de un variado bloque o «paquete» de medidas normativas contra la criminalidad organizada y la inseguridad ciudadana. El cual debía cumplir la función asegurativa y populista de comprometer socialmente la anuencia de los parlamentarios. En coherencia con esta tendencia el artículo 1 de la Ley 30506 que delegó facultades legislativas al actual gobierno en octubre de 2016 preciso lo siguiente: «*Delegase en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar por el plazo de noventa (90) días calendario, en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A., en los términos a que hace referencia el artículo 104 de la Constitución Política del Perú y el artículo 90 del Reglamento del Congreso de la República*». Cabe mencionar también que en una ocasión, un portavoz oficial del Gobierno central llegó a formular incluso una explícita conminación pública, destacando en una entrevista que si no se concedían las facultades legislativas que demandaba el Poder Ejecutivo «*Aumentará la delincuencia*» ¹⁹⁷.

Otra expresión coyuntural y extrema de este innovador estilo de *praxis política*, fue la utilización sistemática de la declaración de estados de excepción constitucional (estado de emergencia) en zonas del territorio nacional con altos indicadores de criminalidad, con el objetivo declarado de contrarrestar la activa presencia de organizaciones dedicadas a la comisión de delitos violentos como el robo, el secuestro, el sicariato o la extorsión; así como de interdictar la expansión y crecimiento de formas productivas de criminalidad organizada tradicional como el tráfico ilícito de drogas o de operatividad renovada como la minería ilegal, la corrupción de sistema y la trata de personas ¹⁹⁸.

Para los analistas estas manifestaciones de la política estatal nacional, muestran el predominio de un inescrupuloso «*populismo punitivo*» en la orientación y definición de las decisiones de política criminal que exige la población nacional. Sin embargo, el rasgo distintivo de todas ellas suele ser su constante espontaneidad, así como su inocua temporalidad. En todas ellas, pues, parece concurrir una subrepticia vocación complementaria de alineamiento hacia enfoques afines a las *teorías expresivas de la pena*, especialmente de aquellas dirigidas a mitigar los sentimientos de indignación colectiva ¹⁹⁹.

Todo indica, pues, como acertadamente sostiene un analista, que el Perú «*no ha sido ajeno al populismo punitivo. Lo observamos casi a diario en propuestas para aumentar las penas, instaurar la pena de muerte, entregar armas letales y no letales a serenazgos, entre otras cosas como declarar estados de emergencia. El populismo punitivo se instala fácil en el debate político, pero se va con dificultad. Genera empatía inmediata con buena parte de la población y oscurece propuestas más inteligentes y menos emocionales... Si bien el estado de emergencia aumenta la probabilidad de que un delincuente sea detenido, este mismo sabe que ese mayor riesgo es temporal. ¿Cómo reacciona? Muda sus operaciones de distrito o bien se repliega por un tiempo en labores lícitas (según Ciudad Nuestra, el 87% de sentenciados trabajaba el mes anterior a su detención)...Salvo excepciones, no necesitamos más estados de emergencia, sino que del Estado y de quienes quieren liderarlo emerjan ideas más pensadas. Requerimos más inteligencia, no actuar bajo emergencia*» ²⁰⁰.

Además, cabe destacar también que el sesgo hiperpunitivo o sobrecriminalizador que objetivizan psicosocialmente tales medidas estatales de naturaleza populista, conllevan siempre, en el corto plazo, efectos perversos y disfuncionales que acentúan el debilitamiento de la confianza ciudadana en el control del delito, promoviendo, a cambio, entre los colectivos sociales, la validación subjetiva de mecanismos vindicativos de autodefensa que inciden paulatinamente en el resquebrajamiento y flexibilización negativa de las garantías personales frente al *ius puniendi*. El cual, por lo demás, tiende a desbordarse irracionalmente con el desorientado aval de la población que exige «*más cárcel y más mano dura contra la delincuencia*». Fenómeno que no es ajeno a la prospectiva política que aplican como herramienta principal de gobierno los Estados emergentes del tercer milenio ²⁰¹. Se trata, pues, como lo puso de relieve WACQUANT, de un nuevo enfoque político criminal de *giro punitivo*, que se muestra funcional al pretender enlazar una aparente reacción dinámica contra la victimización ciudadana, con un «diligente» estilo de gobierno que, sin embargo, realmente sólo procura aprovechar o encubrir otras contingencias propias de la complejidad social de nuestro tiempo, como el paro globalizado, la desaceleración económica o la protesta colectiva ante la supresión o reducción de los principales subsidios sociales a modo de ajustes financieros. En definitiva, un innovador modelo neoliberal que busca mantener el empoderamiento del Estado, magnificando lo criminal y ensayando continuas reformas penales como dique de contención frente a las carencias y demandas de los sectores vulnerables de la población ²⁰².

Ahora bien, para sociedades como la peruana, que todavía transitan por una etapa de consolidación de los valores democráticos que consagra la Constitución, tales características del paradigma de *gobernar a través del delito* son doblemente frustrantes, ya que «*a corto plazo no sólo deja sin satisfacer sus objetivos pragmáticos declarados, sino que produce efectos devastadores en la estructura de racionalidad del derecho penal*» ²⁰³. Sobre todo, porque transforman al acto político extremo y subsidiario de las decisiones de criminalización o sobrecriminalización, en un medio frecuente, ordinarizado y simbólico de mensajes abiertos o subliminales de aseguramiento social que se nutren reiteradamente de una agresividad y significado belicista en medio de contextos de potenciación mediática de los riesgos de victimización. Con ello lo que se busca es internalizar en la conciencia colectiva una política criminal donde, según las reflexiones de YOUNG, «*no sólo hay una cercana simetría entre la etiología y el fenómeno del delito y el castigo, (particularmente de delitos violentos y de estados de violencia), sino que hay también un cercano paralelo con los delitos*

ocurridos en la guerra (en ambos lados), en el terrorismo y su respuesta, y en el desarrollo y la promulgación del genocidio. Además, hay sorprendentes similitudes entre la violencia del delito convencional y la de la guerra y los paralelos entre la guerra contra el delito y la guerra misma» ²⁰⁴. A este nivel, pues, el problema criminal y el control penal son en la actualidad reinterpretados como conflictos de seguridad y de gobernanza. A los cuales el Estado debe de responder rápida y radicalmente para no ser desbordado o colapsar. La ideología que sustenta estos enfoques enfatiza, pues, la necesidad de aplicar «violencia contra violencia». Y ello supone o justifica el empleo de todos los medios que sean idóneos para «neutralizar al enemigo, disidente o indignado». Esto es, sin quedar sujetos a ningún límite mínimo de racionalidad o proporcionalidad, sino, más bien, de oportunismo y de aparente o efímera eficiencia. Conforme advierte VAN SWAANINGEN, esta tendencia puede visualizarse del modo siguiente: «La mayoría de los políticos actuales adopta la postura populista de que "el ciudadano siempre tiene la razón", presupone que el público, quiere penas más duras e ignora cualquier cuestionamiento a esta conjetura... Peor aún, este giro punitivo cuenta con escasos contrapesos» ²⁰⁵.

Las recientes reformas ocurridas en torno a las consecuencias jurídicas del delito en la legislación penal peruana, nos dan un claro ejemplo de todo ello. Especialmente porque su insurgencia repentina y carente de todo aval empírico que les augure una potencial eficacia o que explique su necesidad estratégica o táctica, representa en realidad una calculada actitud del Estado dirigida a patrocinar otros intereses coyunturales que poco tienen que ver con la prevención y el control material de la criminalidad. Pero que, sin embargo, alcanzan a lograr una recepción social positiva, aún a costa de sensibles restricciones de derechos y garantías fundamentales. No obstante, este *gobierno de la penalidad*, según lograda adjetivización de BRANDARIZ GARCÍA ²⁰⁶, no es sólo una nota distintiva de la política criminal peruana contemporánea, sino que su influencia y manifestaciones se hacen también visibles en otras realidades iberoamericanas como la española. Al respecto es ilustrativa de ello, la pertinente descripción que realiza DÍEZ-RIPOLLÉS: «Resulta obligado recordar una vez más que el código penal se ha convertido, en manos de nuestros agentes políticos, en un formidable instrumento de propaganda, con el que se encubren políticas defectuosas de cualquier signo mediante una desmedida explotación de las emociones colectivas. Nada que ver con la olvidada consideración de este cuerpo legal como una constitución en negativo, que declara mostrar una estabilidad equivalente a ella a la hora de fijar sus principios y contenidos» ²⁰⁷.

En definitiva, concurrimos, pues, a una abusiva instrumentalización política de lo penal, que, lamentablemente, cuenta con una exitosa estrategia psicosocial que ha logrado que los peruanos hayan asimilado que el *punitivismo* es el único e insoslayable remedio que puede aplicar el Estado frente a la crisis de criminalidad que afronta el país. En consecuencia, que para amplios sectores de la ciudadanía hoy resulte «justificado», por la realidad presente, el uso exasperado de lo penal y que, además, en ese mismo contexto, carezca de interés social medir o meditar sobre los indicadores de eficacia que verdaderamente se alcanzan en la prevención o control del delito; y, mucho menos, que se cuestionen las distintas consecuencias negativas, directas o colaterales, que aquel proyecta sobre la propia libertad y seguridad incluso de las personas no delincuentes. En ese sentido, es útil la observación formulada por PORTERO HENARES, acerca de que la crítica actual sobre este paradigma de control penal debe plantearse esencialmente desde su incapacidad tecnológica, esto es, desde «la constatación de la falta de rendimiento y de eficacia de las políticas criminales punitivistas en la disminución sostenida de las tasas de delincuencia» ²⁰⁸. Por lo demás, diferentes estudios de opinión aplicados en el Perú han registrado empíricamente dicho proceder ideológico, el cual es compartido tanto por nuestra clase política, como por significativos sectores de la ciudadanía. Por ejemplo, según las encuestas oficiales de victimización, «En el año 2014, a nivel nacional urbano, el 85,8% de la población de 15 y más años de edad percibe que en los próximos doce meses puede ser víctima de algún hecho delictivo que atente contra su seguridad» ²⁰⁹. En otros sondeos similares, la población entrevistada dio a conocer que la percepción de la inseguridad ciudadana alcanzó a un 90% de los encuestados. Asimismo, en dicho estudio el 96% de los encuestados se manifestó «a favor de que los menores de edad dedicados al sicariato sean sentenciados con penas iguales a los mayores de edad» ²¹⁰. Y sobre este último dilema político criminal un ex Ministro del Interior llegó a declarar lo siguiente: «Adolescentes que cometen delitos graves deben recibir penas más severas» ²¹¹.

La lectura analítica de los datos consignados en el cuadro siguiente permiten advertir también la evolución ascendente de la percepción de inseguridad entre la población urbana nacional del país.

PERCEPCIÓN DE LA INSEGURIDAD CIUDADANA EN EL ÁREA URBANA

Ámbito de estudio	Año					Variación porcentual
	2010	2011	2012	2013	2014	2004-2013
Nacional Urbano	79,2	86,2	84,9	87,6	85,8	-1,8
Ciudades de 20 mil a más habitantes	80,8	87,8	86,3	89,1	87,1	-2,0
Centros poblados urbanos entre 2 mil y menos de 20 mil habitantes	75,1	81,5	81,1	83,4	82,0	-1,4

FUENTE: Tomado y reelaborado de la publicación del INEI *Victimización en el Perú 2010-2014*. Lima julio 2015, p. 146.

El gráfico siguiente demuestra también la mayoritaria acogida social que brindó la ciudadanía que fue entrevistada en torno a la declaración del estado de emergencia como medida extrema para controlar la criminalidad e inseguridad ciudadana en la Provincia Constitucional del Callao.

APROBACIÓN CIUDADANA DE LA DECLARACIÓN DE ESTADO DE EMERGENCIA CONTRA LA CRIMINALIDAD EN EL CALLAO



FUENTE: Tomado y reelaborado de encuesta realizada por Ipsos Perú, sobre un total de 506 personas en Lima Metropolitana. Resumen publicado en el diario *El Comercio*. Edición del 15 de diciembre de 2015.

Como se había insinuado el proceso de internalización social de la inseguridad ciudadana y de la información mediática sobre la presencia activa y creciente de riesgos de victimización ha sido hábilmente explotado por los actores políticos. Ellos, por ejemplo, han ofertado en las últimas campañas electorales nacionales, diferentes medidas de endurecimiento punitivo que han incluido la ampliación de los espacios constitucionalizados de la pena de muerte. Asimismo, la insurgencia en la región del rebrote de la criminalidad de personas expuestas políticamente (Peps), especialmente en el ámbito de la corrupción administrativa, ha sido también objeto de mensajes de populismo penal expuestos por los líderes de los partidos políticos que de modo generalizado han anunciado el retorno de modalidades de inhabilitación perpetua o «muerte civil» para los funcionarios corruptos.

Ahora bien, la aceptación social a las propuestas políticas de endurecimiento punitivo, como alternativa idónea contra la inseguridad ciudadana, también se ha visto reflejada en las encuestas aplicadas al respecto. El cuadro siguiente demuestra la reacción psicosocial en dicho dominio.

APOYO SOCIAL A MEDIDAS PUNITIVAS CONTRA LA INSEGURIDAD CIUDADANA

		N I V E L SOCIOECONÓMICO		
		NSE A/B	NSE C	NSE D/E
Cadena perpetua para asesinos de policías y violadores		95%	95%	94%
Mejora de las condiciones de las comisarías		97%	97%	93%
Mayor trabajo preventivo contra la				

delincuencia		98%	95%	93%
Penas más duras para los delincuentes, sin ningún beneficio penitenciario		96%	95%	92%
30 años de cárcel como mínimo para los asaltantes con armas		93%	92%	94%
Más policías en las calles		96%	93%	92%
Que las Fuerzas Armadas salgan a las calles para ayudar a la policía		77%	81%	89%
Eliminación del sistema 24 x 24 para la policía		72%	64%	57%

FUENTE: Tomado y reelaborado de la encuesta nacional realizada por GfK sobre un total de 1267 personas a nivel urbano-rural. Resumen publicado en el diario La República. Edición del 20 de diciembre de 2015.

II. UNA REFORMA PUNITIVISTA: RETORNO DE LA INHABILITACIÓN PERPETUA

Un ejemplo concreto de lo expuesto anteriormente aconteció recientemente en el Perú, a través de las deferentes reformas introducidas en la legislación penal nacional, luego de la concesión parlamentaria de facultades legislativas delegadas que recibió el actual gobierno a inicios de su gestión mediante la Ley 30506. Entre las reformas introducidas en el Código Penal de 1991 destacaron las incorporadas por el Decreto Legislativo 1243, promulgado el 21 de octubre de 2016, las cuales afectaron la regulación relativa a la pena de inhabilitación principal.

Sobre la finalidad y necesidad de tales reformas se alegó lo siguiente : «*el Código Penal establece en su artículo 38 la duración de la inhabilitación principal la cual requiere una modificación a fin de restringir de manera más efectiva la posibilidad de acceder o de reincorporarse a la función o servicio público a quienes hubieren sido condenados por delitos contra la Administración Pública tipificados en la Sección II, III y IV del Capítulo II del Título VIII de dicha norma*». Estas consideraciones eran importantes ya que permitían inferir que la razón esencial de los cambios que se aplicarían en el articulado sobre la pena de inhabilitación, perseguían únicamente una utilidad estrictamente pragmática, cuál era la de evitar que los condenados por delitos contra la administración pública pudieran retornar o ser nuevamente reclutados para el servicio del Estado, al cual habían defraudado y lesionado cuando ejercieron funciones públicas. Esto es, las enmiendas propuestas no tuvieron el propósito técnico de afinar la estructura normativa de la aludida pena limitativa de derechos, ni de superar los viejos y nuevos problemas prácticos que habían dado a conocer la doctrina y la jurisprudencia luego de más de 25 años de aplicación del Código Penal peruano. Sobre todo en el tratamiento punitivo de los delitos contra la administración pública. En coherencia, pues, con ese limitado propósito político criminal, el art. 1 del Decreto. Legislativo 1243 identificó con precisión que tenía «*por objeto modificar el Código Penal y el Código de Ejecución Penal, a fin de establecer la pena de inhabilitación principal para los delitos contra la Administración Pública, así como ampliar el plazo de duración de la misma y crear el Registro Único de Condenados Inhabilitados*».

Lo reseñado, además, ayuda a entender que la composición normativa y las modificaciones contenidas en los diferentes artículos del citado Decreto Legislativo, no hayan incluido alternativas novedosas o necesarias para mejorar la aplicación de penas de inhabilitación a los altos dignatarios del Estado que asomaran como autores directos o mediatos de graves delitos de corrupción y lavado de activos (por ejemplo, la suspensión inmediata de prerrogativas procesales). En todo caso, lo único relevante fue la incorporación de una «*muerte civil*» o «*inhabilitación perpetua*» para los funcionarios públicos comprometidos en graves delitos contra la administración pública. Cabe señalar que con dicha decisión legislativa se procuró, con notoria improvisación y timidez, dar cumplimiento a una difundida propuesta que había promovido el partido político que resultó vencedor en la última contienda electoral. Tal actitud oportunista y populista fue rápidamente advertida y cuestionada por los comentaristas nacionales ²¹².

Otros cambios producidos en torno a la pena de inhabilitación por el que Decreto Legislativo 1243 fueron los siguientes:

- Incrementos en la extensión de las penas de inhabilitación principal que podían alcanzar una duración temporal máxima de hasta 20 años.

- Introducción de penas conjuntas de inhabilitación en el articulado de la Parte Especial correspondiente a los más caracterizados delitos funcionariales.
- Reformulación de la naturaleza, eficacia y operatividad de la pena de inhabilitación regulada por el artículo 426 del Código Penal para los delitos funcionariales y contra la administración de justicia.
- Modificación de los presupuestos de eficacia de la rehabilitación automática previstos por el artículo 69 del Código Penal, para ser observados en los casos de condenas a penas de inhabilitación perpetua.
- Regulación de un nuevo procedimiento de revisión de la duración indeterminada de la inhabilitación perpetua para viabilizar los efectos cancelatorios de la rehabilitación.
- La organización de un sistema de registro de cobertura nacional para inscribir en él a los condenados a penas de inhabilitación por delitos contra la administración pública y evitar su reingreso al servicio público.

A continuación, haremos un breve examen crítico de los dos primeros de aquellos cambios.

1. Las reformas en la regulación de las penas de inhabilitación principal

El Decreto Legislativo 1243 aportó dos modificaciones importantes al artículo 38 del Código Penal. En ambos casos se trató de decisiones de sobrecriminalización de determinados delitos funcionariales. En efecto, por un lado, se elevó entre cinco a veinte años la duración de la pena de inhabilitación principal aplicable a un total asistemático de diecisiete delitos contra la administración pública (se consideró a los delitos tipificados en los artículos. 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400 y 401). Y, en segundo lugar, se incluyó para ese mismo grupo de hechos punibles la modalidad de inhabilitación principal perpetua, cuando su ejecución sea realizada por quien actúa integra una organización criminal o cuando la conducta punible cometida afecte «programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o desarrollo» por montos económicos superiores a «quince unidades impositivas tributarias».

Ahora bien, la primera observación crítica que cabe formular a esta modificación es de carácter técnico y sistemático. Las reformas introducidas son en realidad circunstancias agravantes específicas en tanto agravan la penalidad conminada para un listado de delitos regulados en la Parte Especial. El artículo 38 no solo está en la Parte General del Código Penal, sino que, además, cumple la función de caracterizar de modo genérico a la pena de inhabilitación. Por tanto, lo pertinente hubiera sido señalar en dicho artículo solo las nuevas modalidades y extensión que tendría en adelante la pena de inhabilitación principal. Cabe mencionar que un mejor modelo para ello preexistía ya en el artículo 59 del Proyecto de Código Penal de 1986, donde la pena de inhabilitación fue configurada como de duración indeterminada o temporal. En todo caso, un lugar más apropiado para incluir estas sobrecriminalizaciones específicas también pudo ser el marco genérico y de eficacia omnicompreensiva del artículo 426 o el de la propia redacción de cada uno de los tipos penales involucrados por aquella.

En cuanto a lo político criminal es de cuestionar enfáticamente la configuración de la nueva inhabilitación perpetua. Sobre todo por su inconsecuente falseamiento simbólico. Efectivamente la innovación aplicada no se refiere en realidad a una inhabilitación de carácter absoluto y que lleve a una pretendida «muerte civil». Pero, además, tampoco se trata de una sanción de eficacia perpetua, en el sentido atemporal de no tener un límite de duración o de que el cese de dicha pena tenga que cumplirse con la extinción de la propia vida del condenado. Lo que si se contemplaba en los Códigos Penales de 1863 (Cfr. artículos 79 y 83) y de 1924 (artículos 28, 30 y 31), que incluso incluían una pena accesoria de interdicción civil. La nueva modalidad de inhabilitación perpetua del Decreto Legislativo 1243, es solamente una forma de inhabilitación de duración en principio indeterminada, pero que será revisable luego de 20 años de cumplimiento; algo muy similar a lo que se propuso en el artículo 43 del Proyecto de Código Penal de 2016.

Asimismo, esta pretendida inhabilitación perpetua puede ser objeto de otros cuestionamientos si se le aplica un test de rendimiento y utilidad operativa. En efecto, si se analiza su direccionada focalización aplicativa, la cual alcanza sólo a determinados delitos funcionariales; y, luego, si se reflexiona también acerca de su posibilidad de implementación únicamente para cuando concurren circunstancias agravantes específicas bastante elaboradas, se desenmascara y debilita su estereofónico mensaje social de medida radical contra la alta corrupción de sistema. Al respecto, hubiera sido más consecuente y útil con tal exigencia ciudadana, construir una formula general para todo delito funcional grave como los que se vienen imputando de manera transversal en Latinoamérica a personas expuestas políticamente que han tenido la alta misión de dirigir los destinos de sus naciones. Y en ese mismo sentido colocar la inhabilitación perpetua como

consecuencia de agravantes más coherentes con esa realidad actual como, por ejemplo, el rango del funcionario público implicado o el haber obtenido tal condición por elección popular.

2. La inclusión de penas conjuntas de inhabilitación en delitos funcionariales

Otra innovación sensible del Decreto Legislativo 1243, consistió en la inclusión desordenada de penas de inhabilitación para un número significativo de delitos contra la administración pública. Si bien se trataba de hechos punibles funcionariales muy caracterizados como la colusión, el peculado y diferentes modalidades de corrupción, la técnica legislativa empleada se alejó radicalmente del estilo original del Código Penal de 1991, que consideraba la aplicación de dicha clase de sanción penal como pena conjunta para todos los delitos funcionariales del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial en el artículo 426. Lamentablemente, esta última disposición normativa ya había sido objeto de sucesivas y contradictorias modificaciones legales, las que fueron alterado significativamente su función y operatividad. No obstante, sólo la última reforma que le aplicó el Decreto Legislativo 1243 logró vaciarle de contenido.

Ahora bien, al margen del desatino sistemático que producen todas estas reformas, preocupa también la inexplicable omisión del señalamiento legal de los límites de duración, mínimo o máximo, que corresponden a las penas de inhabilitación introducidas para los delitos funcionariales afectados. Efectivamente, el texto legal, en todos estos casos, ahora solo se refiere a la pena de inhabilitación que «*corresponda*». Con esta rara técnica legislativa no sólo se resiente el principio de legalidad, sino que se anula toda posible dosificación punitiva diferenciada entre los distintos delitos contra la administración pública, dejando de valorar su mayor o menor gravedad, así como la intensidad de su significado social. Al respecto, mejor hubiera sido reformular el citado artículo 426 señalando en él de modo general que «*[a] todos los delitos de los Capítulos II y III de este Título, se les aplicará, además, una pena de inhabilitación en la extensión que corresponda y dentro de los límites fijados por el artículo 38, conforme a los incisos pertinentes del artículo 36*». Si se hubiera optado por una modificación legal de estas características las consecuencias resultantes hubieran sido menos arbitrarias y ambiguas.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Cabe caracterizar al Perú del siglo XXI como un país de economía emergente con cuotas significativas de informalidad. Una sociedad donde, además, confluyen todavía muchas condiciones favorables para el crecimiento constante de la delincuencia violenta y organizada, la cual aporta un volumen relevante de ganancias ilícitas que pasan a formar parte de lo que los economistas y sociólogos contemporáneos denominan el «*producto criminal bruto*». Este peligroso dato socioeconómico acarrea también la necesidad la operatividad activar o latente de elaborados mecanismos de lavado de activos que permiten que el capital ilegalmente producido por la criminalidad pueda «*perder su mal olor*» y minimizarse con el torrente opaco de la informalidad como advierten ELMAR ALVATER y BIRGIT MAHNKOPF²¹³.

Pero también constituye un componente disfuncional de la realidad peruana, tal vez el más preponderante en la coyuntura actual que vive el país, el sensible desencanto que comparten amplios sectores de la ciudadanía hacia las políticas públicas o el desempeño de las agencias estatales contra el crimen y más recientemente contra la corrupción de sistema, atribuido a personas expuestas políticamente.

Todo ello ha ido generando consecuencias sistémicas tan inéditas como negativas, que han alcanzado identidad propia a través de subrepticios estilos de gobierno, los cuales procuran integrar siempre las políticas públicas de naturaleza social o económica, con las que corresponden a la prevención o el control del delito. Es más, las primeras suelen construirse o justificarse, siempre a partir de la afirmación reiterada de la urgencia de acciones y medidas complementarias de indispensable contenido penal, que, incluso, en el caso peruano, ha llegado a promover la aplicación de estados constitucionales de excepción. Bajo esa cubierta, pues, se han hecho frecuentes, directos, o menos encubiertos, los programas o estrategias que adoptan formas de «*gobernar a través del delito*» o de explotar psicosocialmente las ventajas simbólicas que ofrecen a la clase política, los modelos de política criminal basados en el «*gobierno de la penalidad*».

Sin embargo, en el contexto descrito, ensayar reformas penales contra la criminalidad, siempre desesperadas, dispersas e inocuas, como las que se han venido implementando en los tres últimos años, no sólo es políticamente riesgoso, sino que tiende a ser en lo social muy contraproducente. Especialmente, cuando a través de ellas sólo se encubre una utilidad residual y concebida sólo para afectar modalidades convencionales de criminalidad fracasada o de manifestaciones de corrupción administrativa de baja intensidad que involucra a delincuentes de condición fusible e intrascendente.

Esto es, cuando tales reformas resultan ineficientes o insuficientes frente a la alta corrupción, la que pese a ser el problema central logra permanecer inmune e impune. Gestándose en definitiva un estado de mayor indignación entre la población con el consiguiente desgaste del sistema penal. Desafortunadamente ese parece ser el estándar político criminal que corresponde asignarle al Decreto Legislativo 1243 que introdujo la inhabilitación perpetua y a la reciente decisión parlamentaria de reformar el artículo 41 de la Constitución, para viabilizar una imprescriptibilidad de delitos de corrupción que paradójicamente no han quedado precisados por tan trascendente decisión ²¹⁴.

Bienes jurídicos, valores y derechos: satisfacción de necesidades y lucha por el reconocimiento

Mercedes Alonso Álamo

Catedrática de Derecho Penal

Universidad de Valladolid

I. NECESIDADES HUMANAS

La función político criminal del bien jurídico mereció la atención de J. M. TERRADILLOS desde los inicios de su carrera académica. En 1981, bajo el título «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal» ²¹⁵, publicó un artículo de lectura imprescindible cuando se plantea la cuestión de cómo trazar límites a las intervenciones del legislador en materia penal. Pese al tiempo transcurrido, dicho estudio mantiene su vigencia y, más aún, alcanza especial actualidad en un momento como el presente marcado por la crisis del bien jurídico. Por todo ello parece oportuno volver sobre tales cuestiones en estas páginas que me satisface escribir en homenaje al amigo y autor de dicho trabajo.

En el citado artículo, J. M. TERRADILLOS retoma una idea que ya había esbozado en su tesis doctoral publicada ese mismo año, 1981, bajo el título «Peligrosidad social y Estado de Derecho» ²¹⁶. Apoyándose en A. HELLER, desarrollaba allí un pensamiento de base marxista que le llevará, a la postre, a identificar el bien jurídico con «las posibilidades de satisfacción de las necesidades humanas» ²¹⁷.

TERRADILLOS formula una concepción material del bien jurídico exigente y comprometida socialmente. Muestra las insuficiencias de las concepciones del bien jurídico que lo identifican con los derechos subjetivos o con derechos fundamentales («...porque o bien identificamos el concepto de derechos fundamentales con aquellos ya reconocidos por el ordenamiento jurídico, con lo que llegamos a análisis positivistas no aplicables a la fase de *iure condendo* que nos ocupa, o bien nuestro examen se orientará al contenido de esos derechos, prescindiendo del "Derecho", con lo que habremos adelantado muy poco y estaremos en realidad moviéndonos en el ámbito de los valores») ²¹⁸;

afirma también la insuficiencia de las concepciones que identifican el bien jurídico con la protección de intereses, porque estos son siempre parciales, sosteniendo que la protección de intereses conduce a dar una respuesta ideológica al problema del bien jurídico teniendo en cuenta que el interés general deriva siempre de la generalización del interés privado; se opone asimismo a las concepciones que, con base en el neokantismo, hablan de la protección penal de valores, destacando que estos, por su contenido ético o moral, son inapropiados para constituir un bien jurídico y que al Derecho penal no le corresponde la función de promover, defender o fortalecer valores pues ello llevaría a que se confundiera el Derecho con la moral; se opone, en fin, a las tesis que sostienen que se protege lo dañoso socialmente, señalando que, pese a su contenido objetivo-social, la dañosidad social tiene un marcado carácter intrasistémico y, por tanto, conservador del orden dado, incompatible con una política criminal progresiva pues carece del potencial transformador-limitador del poder político establecido que una genuina concepción material del bien jurídico-penal debería tener ²¹⁹. Frente a todas estas concepciones, TERRADILLOS postula la protección penal de necesidades, de la posibilidad de satisfacción de necesidades, en el marco de una sociedad democrática que aspira a ser justa e igualitaria ²²⁰.

Con base en las investigaciones de HELLER, parte TERRADILLOS de que la escala de valores llamados a orientar axiológicamente el Estado de derecho se puede derivar de dos axiomas fundamentales de origen marxista ²²¹: por un lado, la promoción de la riqueza, considerando que «es valor todo lo que contribuye al enriquecimiento de las fuerzas esenciales específicas, todo lo que las promueve»; por otro lado, la promoción de la posibilidad de apropiación multilateral --no alienante-- e igualitaria de dicha riqueza por parte de todos los individuos, entendiendo que «el valor supremo es la circunstancia de que los individuos puedan apropiarse la riqueza específica, la riqueza de la

especie» ²²². A partir de estos dos axiomas básicos se concretan y delimitan las necesidades, base de los bienes jurídicos a proteger penalmente.

HELLER distingue tres clases de necesidades por su contenido: existenciales, «propriadamente humanas», y radicales. TERRADILLOS nos muestra y describe esas diferentes necesidades y nos señala los posibles bienes jurídicos a ellas referidos. Al Derecho penal le corresponde, desde luego, la defensa de las condiciones de satisfacción de las necesidades existenciales, aquellas que marcan el mínimo vital ²²³, frente a los ataques más graves. Pero también la defensa de las condiciones de satisfacción de necesidades propriadamente humanas ²²⁴, cualitativas y cuantitativas, siquiera estas sean más difíciles de concretar, y hayan de ser racionalmente delimitadas para que, de un lado, el Derecho penal no entorpezca la satisfacción de necesidades cualitativas, y, de otro, se evite la satisfacción de necesidades cuantitativas que supongan la instrumentalización de las personas ²²⁵. También las necesidades radicales proporcionan base material para la fundamentación de los bienes jurídicos. Se trata de necesidades puramente cualitativas vinculadas a las relaciones de subordinación que solo pueden ser satisfechas mediante la superación de estas relaciones de subordinación ²²⁶, por lo que una política criminal realista debería limitarse a la defensa de una «participación igualitaria», y a alcanzar «la satisfacción del máximo de necesidades del máximo número de ciudadanos» ²²⁷.

TERRADILLOS no ignora que la necesidad no puede desvincularse plenamente de la idea de valor, que las necesidades van referidas a valores, son expresión de valores. Y partiendo de los dos axiomas axiológicos básicos o universales señalados por HELLER (recordemos, primero: es valor todo lo que promueve el enriquecimiento de las fuerzas esenciales; segundo: es valor «supremo» que los individuos puedan apropiarse la riqueza de la especie), sostiene que «se puede construir, mediante procedimientos deductivos, la escala de valores que deben informar el contenido material del ordenamiento jurídico», a la vez que, precisa, dichos valores deben buscarse en el marco del Estado de derecho ²²⁸.

Así pues, la elevación de la satisfacción de necesidades a fundamento material de los bienes jurídico-penales está unida indisolublemente a su referencia a valores. Pues las necesidades, como ya había señalado POLAINO NAVARRETE, para ser consideradas base de los bienes jurídicos, han de ser estimadas positivamente ²²⁹, lo que requiere referirlas a valores.

Decidir cuáles sean esos valores y a quien corresponde formular los correspondientes juicios de valor toca el fondo de la cuestión. Valores en sí y juicios de valor irrumpen de nuevo, aunque de forma renovada, en la discusión sobre el bien jurídico de base marxista. La referencia a los valores del Estado de derecho y al «orden de valores constitucional» ²³⁰ viene enseguida en consideración, como hemos visto. Pero llegado este punto y antes de seguir adelante examinando críticamente esta cuestión, parece conveniente que nos detengamos y hagamos algunas consideraciones acerca de qué son los valores y su relación con los juicios de valor, con el Derecho y, por lo que aquí importa, con los bienes jurídico-penales.

II. VALORES Y JUICIOS DE VALOR

La idea de valor, fundamental en el neokantismo jurídico axiológico de la Escuela sudoccidental alemana, es altamente controvertida. Como advirtió en 1986 GONZÁLEZ VICÉN, con la precisión y agudeza que le caracterizaba, sería algo así como una autocomplacencia infundada creer que poseemos una idea suficiente y definitiva de lo que es «valor». Y añadía, recordando el reconocido artículo de ORTEGA Y GASSET titulado «¿Qué son los valores?»: «Hoy todavía con toda razón podemos también nosotros formularnos el viejo interrogante: ¿qué son los valores? Desde su reducción psicológica hasta la idea de los valores como objetividades entitativas sostenida por la fenomenología, especialmente por MAX SCHELER y N. HARTMANN, pasando por la afirmación de su carácter irracional, puede decirse que no hay marco conceptual en el que no se haya querido situar alguna vez la noción de valor» ²³¹.

Las discrepancias en torno a los valores se manifiestan incluso dentro del seno del neokantismo jurídico axiológico. El mismo GONZÁLEZ VICÉN nos recuerda que para WINDELBAND «los valores no son propiedades reales de las cosas, sino cualidades basadas "en la relación con una conciencia valoradora", es decir, cualidades que nuestra sensibilidad o nuestra voluntad proyectan en los objetos de la experiencia» de manera, que «si se suprime el querer y el sentir, los valores desaparecen» ²³². En cambio, para RICKERT, continúa GONZÁLEZ VICÉN, «los valores poseen

validez independientemente de nosotros y prestan sentido objetivo a nuestra existencia»... «los valores constituyen un reino para sí que nosotros conocemos a través de los objetos en que se nos manifiestan o "bienes"»... «un proceso en el que no hay ningún momento psicológico, sino un mundo de sentido que apunta a valores aunque sin coincidir con ellos» ²³³.

Los valores no forman parte de la realidad sensible, no poseen realidad, dice GONZÁLEZ VICÉN, sino «validez», no pueden ser conocidos por la experiencia externa o interna, son «objetos suprasensibles», «significaciones» o «complejos de sentido», que no nos son accesibles a la experiencia, sino a la «comprensión». Los valores «se nos hacen reales» en «bienes» u objetos, «en un mundo de "significaciones" en cuyo origen se halla siempre la actividad humana» y que constituye un ámbito de estructura muy precisa que los neokantianos de Baden denominan «cultura», esto es, «aquella parte de la realidad que el hombre conforma para la realización de valores» ²³⁴. Cultura es esencialmente el Derecho, nos dirá GONZÁLEZ VICÉN en otro lugar. Y esto quiere decir «experiencia referida a valores, un complejo de significaciones, una realidad cuyo sentido es la realización del valor jurídico» ²³⁵.

Con la referencia a un mundo de valores en el que encontraría el Derecho la razón de su validez, el neokantismo deja abierto un problema fundamental que GONZÁLEZ VICÉN plantea en sus justos términos: «¿No hay otra solución al problema de la validez normativa que la referencia a una objetividad situada "fuera" del Derecho? ¿No serán la validez lo mismo que la facticidad momentos constitutivos en la dialéctica del Derecho? Y, finalmente, si esto es así, ¿hasta qué punto posee estructura histórica y es sólo comprensible históricamente la validez jurídica?» ²³⁶.

Algo de luz se arroja sobre el problema si, de nuevo con GONZÁLEZ VICÉN, apartamos la mirada de los valores en sí y la dirigimos a los juicios de valor o axiológicos. Porque entonces nos sale al paso «una problemática completamente distinta, aunque complementaria»: la que evidencia que los juicios valorativos tienen la estructura de las proposiciones ideológicas, esto es, de aquellas cuyas raíces «se hallan, no en la esfera teórica, sino en el ámbito vital», la que evidencia que «la racionalización de sentimientos o situaciones de hecho, es decir, su ideologización es la sustancia de los juicios valorativos», y que, sin embargo, «pese a su ilegitimidad lógica, los juicios valorativos poseen»... «una profunda significación sociológica» ²³⁷. Los juicios de valor, vacíos en sí, devienen en instrumentos ideológicos y cumplen una decisiva «función justificadora» al servicio de las ideologías de la dominación.

Entendido el Derecho como «un orden de naturaleza histórico-social condicionado por factores ideológicos y de hecho», no es difícil ver en él «un instrumento técnico de dominación de las clases y de los grupos sociales» y, con ello, «la contradicción inherente a todo Derecho y que ya MARX había visto con absoluta claridad: la contradicción de que, siendo expresión de intereses muy determinados de una situación de poder, el Derecho pretende una validez general; es decir, no sólo limitada a las clases cuyos intereses refleja, sino extendida a toda la sociedad», lo que permite plantear en sus justos términos la cuestión de la obediencia al Derecho ²³⁸.

La vaciedad de los valores y la constatación de la esencia ideológica de los juicios de valor, unido al reconocimiento de que el Derecho está condicionado por factores ideológicos y de hecho, permite también plantear en sus justos términos el problema de la protección penal de valores. La filosofía de los valores es ideología de la clase dominante. Esta imprime en el subconsciente sus valores (un «sentido moral», un «sentido jurídico», un «sentido estético») haciendo que sean dominantes los valores de la clase dominante ²³⁹.

Un cambio de planteamiento con potencial transformador viene de la mano del análisis de lo concreto y determinado históricamente como principio metódico que MARX opone a la formulación abstracta de principios, al «quietismo» de la Escuela histórica y de sus precursores ²⁴⁰, y que permitirá sostener que «cuando el curso del tiempo hace surgir un nuevo interés o una nueva necesidad, es preciso cambiar la legislación que no tiene en cuenta este interés o esta necesidad» ²⁴¹, en el bien entendido de que, como apunta MARX, «... son los hombres, los hombres que desarrollan su producción y su tráfico materiales, quienes al modificar ésta su realidad modifican también su pensamiento y los productos de su pensamiento», concluyendo de forma lapidaria que «no la conciencia determina la vida, sino que la vida determina la conciencia» ²⁴².

Intereses y necesidades son realidades referidas a valor, bienes en los que los valores se nos hacen

reales y que, en su caso, se hacen acreedores de la protección penal. Pero ¿de qué valores hablamos ahora? Parece que ya no de los valores que nuestra conciencia proyecta en la realidad, sino de los que la realidad, la vida, lleva a reconocer. No ya del «espejismo» de un consenso sobre los valores, como el que, según palabras de GONZÁLEZ VICÉN, «se dio cuando Europa era aún la Cristiandad, es decir, cuando los hombres se hallaban unidos por un orden social y político prácticamente indiscutidos y por unas creencias comunes éticas y religiosas mantenidas y salvaguardadas por la Iglesia Romana»²⁴³, sino de valores compartidos en la sociedad, aquellos que expresan, como dice HABERMAS, «la preferibilidad de bienes que en determinados colectivos se consideran deseables y que pueden adquirirse o realizarse mediante una acción enderezada a ese fin», esto es, las «preferencias intersubjetivamente compartidas»²⁴⁴.

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS HUMANOS: LUCHA POR EL RECONOCIMIENTO Y BIENES JURÍDICOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS

Frente a las concepciones formales que reducen el bien jurídico a lo protegido por la norma o a lo pretendido por el legislador, J. M. TERRADILLOS formula una propuesta realista acerca del bien jurídico que debería posibilitar la transformación del Derecho penal en el camino hacia una sociedad democrática más justa e igualitaria: propone fundamentar materialmente el bien jurídico acudiendo al criterio de la posibilidad de satisfacción de necesidades humanas.

Pero las necesidades solo son definibles en base a valores. De manera que, después de haberse destacado la insuficiencia de los valores, tal como estos se desenvolvían en el marco del neokantismo jurídico axiológico, la idea de valor retorna al debate sobre el contenido y la fundamentación de los bienes jurídico-penales, siquiera lo haga de forma renovada.

Llegado este punto la pregunta parece obligada: ¿No es posible contar con un marco referencial fuerte, donde facticidad y validez se conjuguen armónicamente, un marco que proporcione una base estable a la vez que dinámica en la fundamentación y concreción de los bienes jurídicos penales?

TERRADILLOS habla del orden de valores constitucional y de los numerosos derechos reconocidos constitucionalmente²⁴⁵. También de un orden de valores deducibles de los dos axiomas axiológicos de base marxista a los que antes hemos hecho referencia.

Pero el abandono de los valores como nociones absolutas de validez intemporal no parece que deba ser sustituido por los valores enraizados en la Constitución, como si de un nuevo texto sagrado se tratara, a los efectos de delimitar los bienes jurídico-penales. Podemos aceptar que los derechos constitucionales en el marco de un Estado democrático de derecho encarnan valores compartidos. Podemos incluso aceptar que derechos y principios fundamentales tienen no sólo un sentido

deontológico sino también teleológico²⁴⁶. Pero nada de ello es suficiente, a nuestro juicio, para tratar de hallar en las Constituciones rígidas el referente o la base de los bienes jurídico-penales.

Varias son las razones que pueden invocarse en contra de una concepción constitucionalista del bien jurídico, sea amplia o estricta. De un lado, la concepción constitucionalista del bien jurídico conduce al encorsetamiento del bien jurídico dentro del marco constitucional, impidiendo la protección de nuevas necesidades u obstaculizando, como dice BUSTOS RAMÍREZ, que se pueda profundizar en el Estado social y democrático de derecho suprimiendo objetos de protección que devengan

democráticamente insostenibles²⁴⁷. De otro, porque las Constituciones pueden cambiar o desaparecer, incluso contener «injustos constitucionales», y no por ello dejarían de existir necesidades, bienes o intereses merecedores de protección penal en los que se encarnarían valores compartidos vinculados a derechos humanos conquistados a lo largo del tiempo. Ni directa ni indirectamente, cabe decir, se deriva de la Constitución *lo que debe ser* bien jurídico-penal. La Constitución no tiene el monopolio sobre los bienes jurídico-penales. Cuestión distinta es que la Constitución constituya un marco referencial en principio atendible, no definitivo ni cerrado, y, sobre todo, que se pueda en principio derivar de ella *lo que no debe ser* un bien jurídico-penal.

Ninguno de los inconvenientes que presentan las concepciones constitucionalistas del bien jurídico se halla en la concepción que estimamos preferible y que defiende la delimitación de los bienes jurídicos a partir del marco que establecen los derechos humanos, postulando la fundamentación y delimitación de aquellos a partir de estos, toda vez que en los derechos humanos cristalizan las necesidades humanas que importa satisfacer.

Varias son las razones que abogan en favor de considerar que los derechos humanos constituyen un marco de referencia atendible en la formación de los bienes jurídico-penales. Los derechos humanos, antepuestos al Estado y al derecho positivo, tienen una dimensión internacional y son

universalizables. Conquistados en la historia, forman parte de un proceso abierto vinculado a la lucha por el reconocimiento que da lugar a la progresiva aparición de sucesivas generaciones de derechos humanos. Su *existencia* no depende del reconocimiento legislativo --ni en las Constituciones ni en Declaraciones internacionales de derechos-- sino del reconocimiento de necesidades humanas básicas referidas a valores que tiene lugar en la historia y que podemos en principio situar en el marco de una fundamentación explicativo-existencial, discursiva, de los derechos humanos ²⁴⁸ complementada con el principio de realidad, esto es, conforme a una teoría de la sociedad abierta al problema de la lucha por el reconocimiento y a los conflictos motivados por el no-reconocimiento o desprecio hacia determinadas pretensiones de autonomía ²⁴⁹. Este marco referencial supone por lo demás un filtro de los valores, conjurando la vaciedad originaria de estos y el peligro que les es inherente por cuanto son susceptibles de manipulación ideológica. En los derechos humanos se realiza una síntesis armónica de facticidad y validez en tanto momentos constitutivos de la idea de Derecho. Y en ellos podemos hallar la base de la que extraer los bienes jurídico-penales. El carácter abierto de los derechos humanos y su afirmación antepuesta al reconocimiento legislativo, los sustrae a la crítica --que sí cabe dirigir a la intelección de los bienes jurídicos a partir de derechos subjetivos o a partir de derechos fundamentales formalizados y encorsetados-- de que carecen de las propiedades materiales necesarias para cumplir una función político criminal progresiva en la delimitación de los bienes jurídicos a proteger penalmente.

Situados en el marco de la lucha por el reconocimiento, los derechos humanos son la respuesta a necesidades humanas que se afirman históricamente con arreglo a valores que a su vez se abren paso en la sociedad. Y así, no sólo valores vinculados a intereses individuales, como vida, honor, libertad, intimidad, etc., sino también referidos a intereses colectivos, se abren camino en la historia dando lugar a sucesivas generaciones de derechos humanos y singularmente a derechos sociales y de solidaridad en los que se halla la base o referente de bienes jurídico-penales colectivos.

No es preciso entrar en la debatida cuestión acerca de si las últimas generaciones de derechos humanos son derechos colectivos o son derechos individuales que pueden ejercitarse colectivamente ²⁵⁰. Con independencia de la posición que se adopte al respecto, no parece cuestionable que desde la perspectiva que aquí importa de concreción y delimitación de los bienes jurídicos a proteger penalmente, las últimas generaciones de derechos humanos --entendidos estos en todo caso al servicio de la persona-- están en condiciones de marcar la base de determinados bienes jurídicos colectivos.

RODRÍGUEZ PALOP se ha ocupado ampliamente del proceso de generalización de las necesidades y del papel que en las mismas juegan los valores ²⁵¹. También de la tipología de las necesidades y de las necesidades radicales y los nuevos derechos, aquellos que «han venido de la mano de determinados movimientos sociales disidentes y minoritarios (aunque se pretenden representativos de toda la humanidad) que mantienen una actitud crítica frente a algunos aspectos relevantes del modelo imperante» ²⁵². Su aparición como fruto de las contradicciones del modelo político y económico imperantes y su referencia a nuevos valores que tratan de abrirse paso, nos lleva a plantear la cuestión de su legitimación y fundamentación procedimental.

IV. PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y CONCEPCIÓN PROCEDIMENTAL (DISCURSIVA) DEL BIEN JURÍDICO

El principio de necesaria protección de bienes jurídicos --principio limitador del *ius puniendi* estatal-- ha de hacer frente no solo al difícil problema de la delimitación material de los bienes jurídicos sino también a la cuestión procedimental de cómo y con arreglo a qué criterios se legitiman y fundamentan.

Por una parte, constituye un referente material fuerte la posibilidad de satisfacción de necesidades definidas en base a valores y que cristalizan en los derechos humanos. Pero con ello nada se ha dicho todavía del proceso a través del cual se hacen patentes y cristalizan valores, necesidades y derechos humanos que dan lugar, con la apertura de un nuevo procedimiento, a bienes jurídico-penales.

Ha de tratarse en todo caso de un procedimiento democrático, discursivo y conforme con la «razón comunicativa» ²⁵³. El procedimiento es insuficiente por sí solo para dar validez al Derecho, pero sin el mismo no puede hablarse de validez: pues es discursivamente cómo necesidades y valores se hacen patentes y cristalizan en la sociedad. De acuerdo con ALEXY, hay que estar a una fundamentación explicativo-existencial, discursiva, de los derechos humanos, lo que implica el reconocimiento de sujetos libres y autónomos que participan en el discurso en condiciones de

igualdad ²⁵⁴. De la misma manera, cabe abogar por la legitimación discursiva de los bienes jurídico-penales. VOGEL lo expresa con acierto: «los bienes jurídicos se muestran como algo hecho discursivamente y en relación a un mundo y una sociedad de configuración previa, aunque también cambiante y modificable; no como algo ontológico previo» ²⁵⁵. Queremos concluir volviendo a recordar las palabras de MARX antes citadas, por cuanto responden a la misma inversión metodológica: no la conciencia determina la vida sino que es la vida la que determina la conciencia.

Derecho penal y utopía garantista: una visión latinoamericana

Juan Oberto Sotomayor Acosta

Universidad Eafit

(Medellín, Colombia)

I. DERECHO PENAL Y UTOPIA GARANTISTA

En un reciente texto en el que analizaba la actual política criminal frente al terrorismo, Terradillos llamaba la atención sobre la necesidad de «evitar la dicotomía simplificadora "seguridad-libertad", siempre interpretada en el sentido de que el incremento de la primera exige, como ineluctable peaje, el sacrificio de la segunda. Cuando lo que muestra la historia es que los espacios de libertad han sido más amplios en el marco de Estados seguros. Porque la seguridad no es un bien autónomo que se explique y justifique en sí mismo: la seguridad es seguridad de algo, y ese algo, en el Estado democrático, es ejercicio seguro de derechos fundamentales» ²⁵⁶.

Esta idea refleja con claridad no sólo el talante y compromiso democrático que caracteriza a la persona y la obra del profesor Terradillos, sino que resume lo que ha sido desde Beccaria la gran utopía del derecho penal, esto es, la búsqueda del equilibrio entre las necesidades de prevención de los delitos y, al mismo tiempo, la protección del individuo frente a los posibles abusos de los medios punitivos que precisamente dicha prevención suele poner en marcha. Hasta ahora, sin embargo, el desarrollo del derecho penal ha girado de manera prevalente en torno a la idea de prevención, que así unilateralmente entendida ha dado lugar a un derecho penal de máximos medios punitivos y al deterioro creciente de su función de garantía, pues unas exigencias de prevención no siempre suficientemente justificadas han reducido a una mínima expresión la función limitadora del derecho penal ²⁵⁷. Esta realidad hace evidente, de nuevo, la crisis de legitimidad que desde su origen acompaña al derecho penal moderno, pues frente a los nuevos retos que la prevención plantea en la compleja realidad actual, la respuesta político criminal se ha concentrado de manera casi exclusiva en meras propuestas de intervención penal, dando lugar a un proceso de criminalización en todos los órdenes (criminalidad económica, medio ambiente, violación de derechos humanos, violencia machista, diversidad, etc.), que a su vez, en un círculo vicioso, alimenta la tendencia hacia un derecho penal máximo, tornándolo de esta manera cada vez más ineficaz y selectivo. Al mismo tiempo, en la búsqueda de una mayor eficacia de dicha protección, se viene produciendo, como consecuencia, el desmonte de buena parte del sistema de garantías de contención del poder que el propio derecho penal había construido durante siglos.

Dada la tendencia actual, quizás la manera más adecuada de mantener viva la *utopía garantista* consista hoy no tanto en la reducción de la intervención penal abstracta (reducción que, aunque necesaria, no se vislumbra en la agenda actual del legislador penal), sino más bien en lograr una expansión del sistema de garantías que imponga mayores restricciones jurídicas al uso de la pena. Ello, por supuesto, supone un reto para una dogmática jurídico-penal que --como ha escrito Ferrajoli-- ²⁵⁸, oscilante entre la resignación pesimista y la aceptación realista, camufla como opción «científica» su falta de compromiso civil y su actitud contemplativa.

Se requiere, pues, una renovación conceptual de la ciencia penal que posibilite la tarea de convertir en programa práctico los hasta ahora --en gran medida-- incumplidos compromisos constitucionales, objetivo claramente inalcanzable para la dogmática tradicional, anclada aún en pretensiones de neutralidad y universalidad.

Quizás la teoría jurídica con mayor capacidad de asumir este desafío es la *teoría garantista* de Ferrajoli ²⁵⁹, de notable acogida en el derecho latinoamericano y en particular en el derecho penal. No obstante, está aún por elaborar una dogmática penal desde este paradigma garantista, pues para ello no basta con citar a Ferrajoli para fundamentar construcciones dogmáticas que se tienen ya elaboradas de tiempo atrás, caracterizadas por su eclecticismo y aparente neutralidad. Se trata por el

contrario de reconstruir las funciones de la dogmática en razón del nuevo paradigma introducido por el constitucionalismo y, en consecuencia, renovar sus categorías a partir de los instrumentos conceptuales de la teoría garantista.

De ahí que convenga precisar --así sea de manera breve-- lo que es el garantismo, así como las razones que lo hacen teóricamente atractivo desde una perspectiva latinoamericana.

II. ¿QUÉ ES EL GARANTISMO?

Garantismo es una palabra compleja, pues, como explica el propio Ferrajoli y lo destaca la doctrina que se ha ocupado del tema²⁶⁰, significa varias cosas al mismo tiempo:

En primer lugar, designa una *filosofía política* vinculada a una concepción del Estado como instrumento al servicio de la realización efectiva de los derechos y bienes pertenecientes al individuo. En el campo del derecho penal esta filosofía constituye un modelo de legitimación y sobre todo de deslegitimación, en tanto sólo está justificado aquel derecho penal que acredite ser mejor que la ausencia de derecho penal, en la medida que promueva o asegure la consecución de los objetivos de la intervención penal, que no son otros diferentes a la protección de los derechos y la minimización de la violencia²⁶¹.

Con la expresión garantismo también se alude a un *sistema jurídico* y a la *teoría del derecho* que se encarga de explicarlo. Desde este punto de vista un sistema garantista es aquel que establece, en garantía de lo que viene estipulado constitucionalmente como vinculante, «la sujeción (también) de la legislación a normas sobre la producción no sólo formales, esto es, relativas a la forma (al "quién" y al "cómo"), sino también sustanciales, es decir, relativas a los contenidos de las normas producidas (al "qué" no se debe o se debe decidir), cuya violación genera antinomias por acción o lagunas por omisión»²⁶². Ello ha supuesto importantes cambios en el sistema jurídico, pues asuntos que antes se encontraban fuera del derecho, en el ámbito de la moral y la política, se han integrado ahora como parte del ordenamiento jurídico mismo, transformando lo que antes eran problemas externos o de justicia *del* derecho en problemas internos de validez *en* el derecho²⁶³.

Es cierto que referido a los sistemas jurídicos --aún a los de los Estados constitucionales-- el garantismo será siempre un modelo o ideal, cuya realización efectiva podrá verse satisfecha, en mayor o menor medida, de acuerdo con la calidad y cantidad de las garantías normativamente establecidas y de su efectiva realización práctica²⁶⁴. Pero precisamente por ello, una de las características más sobresalientes de los sistemas jurídicos complejos que disponen de una constitución rígida es la latente divergencia entre el derecho que *debe ser* de acuerdo con las exigencias constitucionales (lo que define su validez) y el derecho que legalmente *es* (lo que a su vez determina su vigencia)²⁶⁵. En estos casos, como bien explica Ferrajoli, corresponde a la teoría del derecho incorporar como objeto privilegiado de la teoría, la divergencia potencialmente existente entre el «deber ser» constitucional del derecho y el «ser» legislativo²⁶⁶.

Por lo anterior, la teoría jurídica del garantismo se erige en una *teoría de la divergencia*, por cuanto recoge y da cuenta de tres divergencias²⁶⁷: la primera, entre el «deber ser externo» o ético político (*del* derecho) y el «ser» de los sistemas jurídicos en su conjunto (justicia vs validez). La segunda es la divergencia que se da entre el «deber ser interno» (*en* el derecho) y el «ser» de las normas legales (validez vs vigencia); divergencia ésta sobre la cual se asienta todo el edificio de las garantías, dirigido a asegurar la máxima efectividad de los principios constitucionales establecidos. Y la tercera, la que existe entre derecho y realidad, entre normatividad y efectividad, es decir, la divergencia entre el «deber ser jurídico» (o *de* derecho) y la experiencia jurídica concreta.

Finalmente, el garantismo también alude a una determinada concepción de la *ciencia jurídica*. En efecto, la incorporación de la divergencia a la teoría del derecho produce un cambio de paradigma en la ciencia jurídica, en tanto ésta se rebela ante esa especie de «naturalización» del orden jurídico positivo propiciada por la dogmática jurídica tradicional, que condujo no sólo a la consideración del derecho positivo como el objetivo exclusivo de todo conocimiento jurídico, sino también a entenderlo como expresión cuasi-absoluta del deber ser jurídico²⁶⁸. Con el garantismo, por el contrario, a las ciencias jurídicas corresponde un papel crítico, determinado por el propio objeto de estudio: a la sociología del derecho y a la filosofía de la justicia corresponde la crítica externa, en tanto la primera se ocupa de los desajustes entre vigencia y eficacia y la segunda de la divergencia

entre justicia y validez. A su vez, la crítica interna es competencia de la dogmática jurídica, a la que corresponde el análisis de la discordancia entre validez y vigencia, esto es, entre deber ser *jurídico*-constitucional y ser *jurídico*-legal ²⁶⁹.

III. IMPACTO DEL GARANTISMO EN AMÉRICA LATINA

Como ha destacado Prieto, uno de los grandes méritos del garantismo reside en haber sabido combinar de manera particularmente fecunda los postulados utópicos de la filosofía de la Ilustración, sin abandonar los límites conceptuales propios del positivismo jurídico ²⁷⁰, que hace de la teoría garantista del derecho una teoría que no puede ser reducida a ninguna otra, pues se sustrae a la *falacia iusnaturalista* que confunde la validez de las normas con su justicia, a la *falacia normativista* que confunde la vigencia con su validez y a la *falacia realista* que confunde la validez o vigencia de las normas con su eficacia ²⁷¹.

Por ello no debe extrañar el fuerte impacto que la teoría garantista ha tenido en los debates recientes de la teoría jurídica ²⁷² y de manera «muy especial y significativa» ²⁷³ en el mundo jurídico latinoamericano, donde primero *Derecho y Razón* y ahora *Principia Iuris* han alentado todo un programa crítico de renovación conceptual y política del derecho y de la democracia, de manera particularmente marcada en el ámbito del derecho penal.

Son varias las razones que hacen de la teoría garantista una teoría particularmente atractiva en Latinoamérica y que explican su amplia acogida. En particular cabe destacar su visión pesimista del poder, la divergencia jurídica entre ser y deber y el rol crítico que está llamada a cumplir la ciencia jurídica.

1. Visión pesimista del poder

«El presupuesto del garantismo --aclara Ferrajoli-- es siempre una concepción pesimista del poder como malo, sea quien fuere el que lo posee, puesto que se halla expuesto en todo caso, a falta de límites y garantías, a degenerar en el despotismo» ²⁷⁴. En el campo del derecho penal ello significa sobre todo reconocer que éste representa siempre un *mal* y no un bien moral, razón por la cual carece de una justificación propia o immanente. En consecuencia, ninguna opción penal de criminalización es *a priori* necesaria, pues el garantismo lo único que ofrece es un esquema de justificación siempre condicionada y por tanto de deslegitimación siempre latente, vinculada a la garantía de los derechos de las personas ²⁷⁵.

Lo cierto es que en América Latina no sólo prevalece una concepción pesimista del poder estatal sino que hay muy buenas razones para mantener dicha visión, tanto por lo que en estos países el Estado suele hacer como también por lo que deja de hacer. La historia latinoamericana ha estado marcada por las más diversas formas de ejercicio arbitrario y violento del poder, cuyos inicios se remontan al poder colonial, pasando por las guerras civiles surgidas con posterioridad a los procesos de independencia y el pasado reciente de regímenes autoritarios (civiles y militares, «democráticos» y de facto), y que se expresa hoy en día, primero que todo, como violencia estructural e institucional. En efecto, el crecimiento a nivel macro de las economías latinoamericanas, antes que solucionar las necesidades básicas de la mayoría de la población, se ha hecho al inmenso costo social de aumentar el número de pobres, con la diferencia que ahora los que se enriquecen no son ni siquiera las élites criollas sino las grandes empresas transnacionales. Desigualdades sociales que sólo pueden mantenerse a partir de altas dosis de violencia institucional: desde la tortura y las desapariciones forzadas como control de la disidencia política, pasando por operaciones de «limpieza social», «falsos positivos», hasta culminar en la oscura violencia institucional representada en la realidad carcelaria latinoamericana actual ²⁷⁶, como método de control sobre todo de la marginalidad social o de lo que Ferrajoli denomina criminalidad de subsistencia ²⁷⁷, que en nuestros países constituye la clientela casi exclusiva del sistema penal.

No es una exageración afirmar que amplios sectores de la sociedad latinoamericana la única cara que conocen del Estado es la representada por su poder punitivo. Luego, esta visión pesimista del poder de la que parte el garantismo no es en estos países una opción del jurista sino que le viene impuesta por la propia realidad.

2. La divergencia como característica del derecho en América Latina

En segundo término, si hay algo que desde sus inicios ha caracterizado a los sistemas jurídicos latinoamericanos es la brecha existente entre ser y deber ser, tanto *del* derecho (entre justicia y

derecho) como *en el* derecho (entre el texto constitucional y la ley) y la existente entre derecho y realidad, aspectos estos que siempre se resaltan en los estudios sobre las funciones del derecho en América Latina ²⁷⁸.

Este aspecto ha sido entendido por los enfoques jurídicos más tradicionales como un simple «defecto» normativo del sistema jurídico y como tal corregible mediante reformas legales ²⁷⁹, lo cual, antes que resolverlo ha supuesto una profundización del problema, pues la expedición de cada nueva ley viene por lo general acompañada de nuevas dosis de ineficacia, que a su vez, en la búsqueda de una mayor eficacia, suele dar lugar a expresiones jurídicas autoritarias o, en otros casos, al surgimiento o mantenimiento de medios coercitivos plurales. De esta manera, por lo menos en el caso colombiano, los rasgos de ineficacia, autoritarismo y pluralidad, antes que defectos deben ser entendidos como características estructurales del derecho ²⁸⁰: a) *ineficacia*, tanto de las normas constitucionales respecto del derecho vigente como también del derecho en general en relación con la conducta de los actores jurídicos y de los ciudadanos; b) *autoritarismo*, por la frecuente discordancia entre el deber ser proclamado constitucionalmente y los desarrollos legislativos concretos mediante procedimientos autocráticos (en particular mediante el recurso a la «excepcionalidad»); y c) *pluralidad*, por cuanto la ineficacia del derecho ha dado lugar a la coexistencia de múltiples expresiones coercitivas en un mismo espacio y tiempo ²⁸¹.

Este no es un fenómeno de reciente aparición, pues ya en los orígenes mismos de la república es posible encontrar la utilización del derecho más como mecanismo de legitimación política que como instrumento de implementación de las políticas públicas ²⁸²; y es esta característica y no supuestos defectos de implementación la que explicaría la divergencia existente entre el derecho que constitucionalmente debe ser, el derecho que es y las prácticas jurídicas, pues en la búsqueda de legitimación política el derecho tiende a privilegiar su carácter general y universalista, que sin embargo lo lleva con frecuencia a alejarse de una realidad social muy diferente.

Lo anterior ha dado lugar a dos tipos de prácticas claramente interrelacionadas: por una parte, es frecuente el uso simbólico de las normas y los discursos jurídicos (en especial de rango constitucional) por medio del cual «se intenta compensar parcialmente el déficit de legitimidad, derivado y causado a la vez por la ineficacia instrumental del Estado, con el aumento de la comunicación a través de la producción de normas y discursos legales como respuestas a las demandas sociales de seguridad, justicia social y participación» ²⁸³. Por tanto, se trata de normas que pretenden sobre todo legitimación política y de cuyo uso se deriva la ineficacia como su principal característica ²⁸⁴.

En segundo término, dado que la dimensión simbólica también suele generar excesos retóricos, progresismo textual y mayores déficits de eficacia, se presenta también el recurso constante a los estados de excepción, pues es frecuente la mediatización del derecho en beneficio de fines políticos, que lleva a aplicarlo sólo cuando se considera que las circunstancias fácticas lo permiten. Esta concepción, frecuente no sólo entre los funcionarios estatales sino también entre los ciudadanos, explica la otra característica del sistema jurídico penal colombiano: el autoritarismo, pues las dificultades de aplicar un derecho general creado para obtener legitimidad conduce con frecuencia a la excepción que emerge de una realidad social bien diferente ²⁸⁵.

Así entendido, no debe pues extrañar que el derecho sea varias cosas al mismo tiempo: primero que todo, un programa u objetivo político a alcanzar, pero con la característica que dicho programa aparece en buena parte recogido en los textos constitucionales, convirtiéndose de esta manera en el derecho que *debe ser*, pero que con frecuencia no *es*. Bastante ilustrativa resulta al respecto la constitución colombiana, que en su artículo 22 consagra la paz como un derecho y un deber «de obligatorio cumplimiento». Es evidente que en un país que ha vivido una confrontación armada interna por más de cincuenta años y que ha sufrido los estragos e injusticias de la guerra como ningún otro país latinoamericano, la paz ha sido no el presupuesto del derecho sino un objetivo *jurídico* a alcanzar; pero también es cierto que fue dicha consagración constitucional la que permitió la creación de un «marco jurídico para la paz» (acto legislativo 1 de 2012) así como una amplia legislación orientada a la consecución de la paz interna por medio del diálogo y la concertación, que culminó con la firma del acuerdo entre el gobierno colombiano y el grupo insurgente FARC en 2016. Pero en Colombia el derecho penal también ha sido un efectivo instrumento de guerra, esto es, una herramienta utilizada para aniquilar al enemigo, razón por la cual suele colisionar con frecuencia con

el modelo que viene impuesto por la carta constitucional, frente a la cual intenta legitimarse mediante el recurso permanente a la excepcionalidad ²⁸⁶.

Frente a una realidad como ésta el garantismo, a diferencia de las teorías jurídicas tradicionales, se erige en una teoría capaz de mantener la autonomía del derecho frente a la moral y la política y al mismo tiempo explicar no sólo el derecho que constitucionalmente *debe ser* sino también el que legalmente *es*, evitando así las falacias a las que suelen conducir las teorías tradicionales del derecho

²⁸⁷: la *iusnaturalista* que impide reconocer la existencia de normas válidas aunque injustas; la *legalista* que no reconoce la existencia de normas injustas a pesar de ser válidas; la *normativista*, que afirma la validez de una norma por el sólo hecho de estar vigente; y la *realista* que desconoce la invalidez y a veces hasta la inexistencia de una norma por el sólo hecho de ser eficaz.

3. Una reivindicación no conservadora del derecho

El garantismo le abre a la ciencia jurídica un lugar para los estudios críticos que no había alcanzado hasta ahora, al remover las bases de una ciencia jurídica anclada en la defensa y mantenimiento del *statu quo* jurídico legal, lo que en Latinoamérica y en particular en Colombia situaba al jurista ante una disyuntiva: por una parte, estaba obligado a salirse del derecho o transitar los senderos del iusnaturalismo crítico si quería desligarse de una legislación con frecuencia injusta y contradictoria con los postulados constitucionales, en razón de lo cual lo jurídico termina diluyéndose en el terreno de la crítica política, siempre pertinente pero en la que la especificidad del derecho desaparece como objeto de reflexión válido, relegado siempre a un segundo plano.

Por otro lado, la reivindicación del derecho desde una perspectiva estrictamente normativista muchas veces se hace desde un positivismo ideológico que pretende imponer el derecho que *es* como el que *debe ser* y con frecuencia reconoce el derecho vigente como una realidad (inclusive como una «triste realidad») que sin embargo debemos aceptar o a la que debemos resignarnos, porque en todo caso la misión del jurista consiste en explicar el derecho como es y no como debe ser. Positivismo que, por lo demás, no logra aprehender la compleja realidad del derecho existente en la gran mayoría de países latinoamericanos, en los que --como ya se explicó-- el derecho con frecuencia es un programa político al cual se aspira y al mismo tiempo una realidad que contraviene dicha aspiración. En primer lugar, por cuanto si lo que dicho positivismo tradicional tiene en cuenta es la realidad del derecho como aspiración o programa político, corre el riesgo de incurrir en la falacia normativista de confundir el derecho que *debe ser* con el derecho que *es*, pues está dejando por fuera la realidad del derecho de excepción también existente. Y si se concentra en éste, el riesgo que se corre es el de incurrir en la falacia naturalista de confundir el derecho que *es* con el que *debe ser*. Luego, por ambas vías la ciencia jurídica cumpliría una función ideológica, bien ocultando o bien justificando la excepcionalidad jurídica que contraviene los postulados constitucionales de los que se dice partir.

Por el contrario, la teoría del derecho del garantismo, al aprehender esta dualidad del derecho supone no sólo una evidente ampliación del campo de la dogmática jurídica, sino también su transformación en una ciencia *crítica*. Lo primero por cuanto la dogmática no puede limitarse sólo a «lo que el derecho es», según la clásica tesis positivista ²⁸⁸, dado que no puede evitar referirse también a «lo que el derecho debe ser», y que «forma parte igualmente --en un nivel normativo distinto-- del "derecho que es", así como "lo que el derecho no debe ser" y a pesar de todo es» ²⁸⁹. Y lo segundo por cuanto la siempre latente divergencia entre el derecho *válido* y el derecho *vigente* convierte en objeto central de la dogmática jurídica no sólo la identificación de las antinomias y lagunas resultantes (es decir, el *derecho ilegítimo*), sino también su superación como condición de consistencia tanto del derecho positivo como de los discursos acerca del mismo ²⁹⁰.

IV. EPÍLOGO

Mis primeras lecturas de Ferrajoli se remontan a 1986, en los inicios de mis estudios de doctorado en la Universidad de Salamanca, bajo la dirección del profesor Berdugo Gómez de la Torre. Por aquel tiempo, interesado como estaba ya en conocer algo más del pensamiento de Ferrajoli luego de la refrescante lectura del artículo sobre «El derecho penal mínimo» publicado en la revista *Poder y Control* [No. 0, 1986], tuve acceso al pequeño libro de Ferrajoli (en colaboración con Zolo), *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*, cuya lectura tuvo en mí un gran impacto y en alguna medida marcó lo que sería mi manera de concebir el derecho hasta hoy: «cualquier transacción sobre el derecho como sistema de límites y de controles frente al poder, de libertades individuales, de garantías para el disenso y la acción de los sujetos sociales, equivale a un paso atrás en el camino de la reducción del poder estatal que puede ser también una caída en la barbarie» ²⁹¹.

Se trataba de un libro difícil de conseguir y al cual tuve acceso gracias a unas fotocopias, que aún conservo, que me hizo llegar el profesor Juan Terradillos. ¡Gracias querido Terri!

Notas básicas sobre la autoría a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP español): Autoría y significado específico del hecho²⁹²

Carlos Martínez-Buján Pérez

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de A Coruña

La elección del tema de mi contribución a este Libro Homenaje se deriva ante todo de las nuevas perspectivas que ofrece la concepción significativa de la acción, elaborada por VIVES ANTÓN, la cual conduce a una caracterización de la autoría que, sobre ser político-criminalmente satisfactoria, se acompasa plenamente con la regulación del CP español.

Dada la limitada extensión que debe poseer mi contribución, me circunscribiré a señalar los aspectos más básicos sobre la materia (renunciando además a toda indicación bibliográfica), que condensan las tesis fundamentales que me propongo desarrollar en futuros trabajos. Queda, pues, pendiente la tarea de llevar a cabo una ulterior profundización en cada una de dichas tesis que aquí voy a enunciar, así como las pertinentes citas bibliográficas de la doctrina más relevante en la materia.

Por otra parte, me interesa subrayar de antemano que la caracterización de la autoría que a continuación expondré es válida no solo para los supuestos de la denominada delincuencia «tradicional», sino también para fenómenos más recientes, como señaladamente los de responsabilidad penal en el seno de organizaciones complejas o los de responsabilidad por la adopción de decisiones en órganos colegiados, sin perjuicio, obviamente, de las peculiaridades que en cada caso deban ser efectuadas a la vista de las ulteriores reglas que rijan dichas estructuras.

Así las cosas, y para despejar de entrada cualquier confusión, conviene aclarar que, si bien es cierto que cabe hablar de *autoría* en sentidos diversos, aquí me referiré, ante todo, al plano más básico, esto es, al plano *lógico* (no valorativo) de la determinación de quién lleva a cabo el hecho definido en un tipo penal, que es lo único que es *susceptible de hacerse*: en otras palabras, se trata de un problema que, en el seno de la teoría jurídica del delito, va vinculado exclusivamente a la acción.

Como indican VIVES --y, siguiéndole, GÓRRIZ-- no hay nada más básico o nuclear que la realización de la acción típica tal y como esta se describe por el legislador, que es lo que constituye el significado social primario de la conducta humana y sobre el cual podrán después añadirse otras determinaciones de sentido. En suma, solo puede ser autor la persona que lleva a cabo, en todo o en parte, el hecho típico.

Por consiguiente, el punto de partida para la determinación del concepto de autor únicamente puede venir dado por una perspectiva *objetivo-formal*, que se caracteriza por delimitar la autoría a partir del significado del verbo típico y que es la que también adopta inequívocamente el legislador español en su definición de autor en el párrafo primero del art. 28 CP, en el que se indica que la conducta propia del autor es *realizar* el hecho, verbo que, por lo demás, debe entenderse como equivalente a *ejecutar*. Así, hay que compartir la idea (sostenida también por otros penalistas, como singularmente DÍEZ-RIPOLLÉS, a partir de otras premisas metodológicas) de que se produce una superposición parcial entre la problemática de la autoría y la de la tentativa, desde el momento en que existe una identificación entre realización del hecho, actos ejecutivos y actos típicos, de tal manera que el principio de ejecución que da lugar a la tentativa coincide en lo sustancial en su contenido con los aspectos de acceso y control propios de la autoría, con lo cual, a su vez, actos preparatorios y actos de participación coinciden en la característica de que no alcanzan el nivel de realización o ejecución del tipo.

Por tanto, hay que descartar la tesis que exige para la delimitación de la autoría la realización de algún acto *consumativo*, puesto que aquí se parte de un concepto de *realización del hecho* equivalente al de *ejecución del hecho*, y según el cual la ejecución comienza antes del inicio de los actos consumativos. Ello comporta poder diferenciar entre actos ejecutivos y actos consumativos, como dos clases de actos *típicos*, caracterizadores ambos en todo caso del concepto de autor en sentido estricto frente a la noción de cooperador.

Ello no obstante, es preciso tener en cuenta que lo que sí pertenece al tipo de acción de la tentativa (inacabada) es la intención de consumir el hecho típico (o, en su caso, la de completar la ejecución), puesto que --como expliqué en un trabajo específico sobre este aspecto-- este elemento subjetivo no se identifica con el dolo, sino que es un genuino elemento definitorio del propio tipo de acción, que pertenece a la pretensión conceptual de relevancia. En efecto, una cosa es el dolo de la tentativa, que ha de abarcar el conocimiento y la voluntad de realizar una parte de los actos ejecutivos, y *otra cosa*

diferente es la intención de consumir el hecho típico, distinción que cobra verdaderamente trascendencia cuando la cuestión se aborda desde la perspectiva de la concepción significativa, en la que el dolo y el especial elemento subjetivo del tipo (integrado aquí por la resolución de consumir el hecho típico) cumplen funciones distintas y se incluyen en niveles sistemáticos diferentes de la teoría del delito: el primero, en la pretensión de relevancia y el segundo, en la pretensión de ilicitud.

Así, la resolución de consumir el hecho típico es ya imprescindible para la configuración del riesgo objetivamente relevante en la acción de tentativa. Si no existe dicha resolución no hay ya, pues, el principio de ejecución del delito por hechos exteriores que el art. 16 CP incluye en el concepto de tentativa, porque en los delitos intentados el acontecimiento externo sólo deviene peligroso en tanto en cuanto haya sido encaminado por el autor a la vulneración del bien jurídico. Es ya el propio concepto de ejecución típica el que exige la comprobación de la peligrosidad potencial de la acción para el bien jurídico.

Esta fundamentación sería suficiente ya para considerar que la ausencia de la resolución de consumir el hecho típico es un dato que debe ser examinado en la pretensión de ofensividad, puesto que excluye la dimensión valorativa del tipo de acción. Con todo, entiendo incluso que dicha ausencia hace ya conceptualmente irrelevante para el Derecho penal la conducta del autor, esto es, no existe ya el tipo de acción de la tentativa desde el punto de vista puramente definitorio (tipicidad en sentido estricto), porque sin ese momento subjetivo (que es el que permite resolver la equivocidad de la conducta de tentativa) no hay ya la clase de acción que interesa al Derecho penal.

En suma, sea como fuere, desde la perspectiva de la concepción significativa lo que resulta indudable es que, si falta en el autor la resolución de consumir el hecho típico, queda excluida ya la antijuridicidad material, sin que tenga sentido, pues, esperar a comprobar la ausencia de la infracción de la norma personal de conducta (en el plano de la antijuridicidad formal o ilicitud). Por tanto, la comprobación del especial elemento subjetivo integrado por la referida resolución es previa, en un sentido lógico, a la constatación del dolo de realizar los actos ejecutivos exigidos en el tipo.

De ahí que convenga hacer hincapié en que el referido elemento subjetivo no consiste, en puridad, en una «resolución delictiva», sino, más precisamente, en una resolución de consumir el hecho previsto por la ley como delito (que es, en rigor, una cosa diferente). Con ello pretendo subrayar que, en la medida en que se concibe como un elemento del tipo de acción (regido por la pretensión de relevancia), dicha resolución no prejuzga todavía el conocimiento y la voluntad propios del dolo, el cual pertenece a una pretensión de la norma lógicamente posterior y que podrá después quedar excluido si no se proyecta sobre los requisitos objetivos que conforman el principio de ejecución del hecho típico.

Por otra parte, con arreglo a la concepción significativa, ello supone entonces que un principio de ejecución así configurado, con la exigencia del especial elemento subjetivo, sea el que constituye el tipo de acción del delito intentado y el que sirve, pues, según aclaro más abajo, como regla intersubjetiva de cara a terceros, permitiendo la posibilidad de participación y de actuaciones defensivas de terceros.

Eso sí, cuestión diferente es que se analice el elemento subjetivo propio de la tentativa en un delito que requiera, a su vez, un especial elemento subjetivo del tipo, cuestión a la que no suele referirse habitualmente la doctrina. En tal caso habría que distinguir teóricamente dos elementos subjetivos: el especial elemento subjetivo requerido en el tipo y el elemento perteneciente a toda tentativa, consistente en la intención de consumir el hecho típico. Ahora bien, repárese en que en los delitos de intención (los únicos que, a mi juicio, contienen verdaderos elementos subjetivos del tipo) lo que sucede es que la constatación del especial elemento subjetivo del tipo de que se trate abarca ya el elemento subjetivo propio de la tentativa, puesto que, por definición, el objeto de aquel elemento subjetivo coincide con (o incluso va más allá de) la consumación del hecho típico. Así, v. gr., en el hurto el ánimo de lucro (o ánimo de apropiación definitiva de la cosa) presupone ya la voluntad de disponer potencialmente de la cosa sustraída (momento consumativo).

Sentado todo lo que antecede, cabe extraer la conclusión de que la básica caracterización objetivo-formal de la autoría que se desprende de la concepción significativa de la acción y de la regulación del CP español es incompatible ya, de entrada, con cualquier perspectiva de carácter constitutivamente *material*, como sucede, en particular, con todas las tesis que se fundamentan en la idea del *dominio del hecho* (incluyendo aun la versión más restrictiva, según la formulación de ROXIN) o con las tesis que se fundamentan en la idea de la *competencia*, en el sentido formulado primigeniamente por JAKOBS. Y hay que insistir en que es incompatible con estas tesis porque el paradigma de la concepción significativa y el del art. 28 CP nos aboca a entender que el autor que

realiza el hecho es aquel que lleva a cabo *actos ejecutivos*, o sea, *actos típicos*, un paradigma que, por lo demás, se ve reforzado en el vigente CP por la asunción de un concepto *restrictivo* de autor, que deja fuera de su ámbito a inductores y a cooperadores necesarios.

Por otra parte, el concepto de autor que se deriva de la concepción significativa de la acción que aquí se adopta, aparte de ser un concepto formal, es además un concepto *puramente objetivo* (coincidente en este aspecto con el criterio de la *determinación objetiva y positiva* del hecho, elaborado por LUZÓN, y desarrollado, con matices propios, por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO principalmente --aunque no exclusivamente-- para los delitos dolosos y por ROSO para los imprudentes), en el sentido de que no incluye la infracción de la norma personal de conducta. En efecto, hay que insistir en que en la caracterización más básica que estoy examinando, la autoría es un elemento del *tipo de acción*, que se inscribe en la primera pretensión de validez de la norma penal, la pretensión de relevancia, y que, por tanto, no incluye entre sus elementos el dolo y la imprudencia, habida cuenta de que estos quedan incardinados en la antijuridicidad formal, correspondiente a otra pretensión diferente de validez de la norma penal, la pretensión de ilicitud. Se trata, pues, de un concepto *común* a delitos dolosos e imprudentes.

De este modo, desde la concepción significativa se puede responder con sencillez a la crítica que algunos penalistas han dirigido a la tesis de la determinación objetiva del hecho, en el sentido de que esta sería incompatible con un concepto personal de injusto, o, más en general, con una concepción del injusto que considere el dolo (o, en su caso, la imprudencia) como un elemento subjetivo esencial del injusto. Con arreglo a la concepción significativa, el injusto es, evidentemente, personal, pero ello nada tiene que ver con la caracterización de la autoría, puesto que esta va vinculada a la realización de un tipo de acción, que se agota en la infracción de la norma de valoración (antijuridicidad material), mientras que la ilicitud (la infracción de la norma personal de conducta) va referida a la segunda pretensión de validez de la norma penal. En suma, el injusto (e incluso en sentido más amplio, la completa ilicitud, que incluye la ausencia de causas de justificación) sigue siendo personal, pero el tipo (caracterizado como tipo de acción) es plenamente objetivo, en la medida en que existe con independencia de que el autor haya obrado con dolo o imprudencia.

Y desde el prisma de la concepción significativa también se puede responder convincentemente a la acusación que se dirige a la tesis de la determinación objetiva del hecho (ligada en cierto modo a la objeción anterior) cuando se le achaca una sedicente «estanqueidad» del elemento de la autoría con relación (no ya solo al elemento subjetivo del delito) a otros elementos objetivos del tipo (singularmente, con respecto a la imputación objetiva en los delitos de resultado). En efecto, frente a dicha acusación hay que responder, de nuevo, que el concepto de autoría que estoy examinando va referido al plano más básico y propio, esto es, al plano *lógico* (no valorativo) de la determinación de quién lleva a cabo el hecho definido en un tipo penal, ligado exclusivamente a la acción que se realiza; de ahí que, situados en dicho plano, no solo tiene que quedar al margen el elemento subjetivo del delito, sino también los restantes elementos objetivos del tipo de acción. Para dar respuesta al interrogante básico de quién es el autor de un determinado hecho nada tiene que ver la configuración de los restantes elementos del tipo. Ahora bien, ello no implica, obviamente, que el elemento de la autoría no esté relacionado con los referidos elementos (e incluso con otros elementos del delito): así, de un lado, cabrá hallar ulteriores particularidades de la autoría en determinados tipos, v. gr., delitos especiales, delitos de medios limitados de ejecución, delitos de omisión; y, de otro lado, rebasado el aludido plano conceptual básico, cabrá hablar de una autoría dolosa y una autoría imprudente (con las características propias de cada una de ellas).

Eso sí, sentado el concepto restrictivo objetivo-formal de autor que aquí asumo, hay que llamar la atención a continuación acerca de cuál es el criterio de accesoriedad cualitativa que va anudado a la concepción significativa, a saber: la norma que sirve de referencia para el castigo de la participación (y para las actuaciones defensivas de terceros) es la norma que refleja la antijuridicidad material, o sea, la realización de un tipo de acción materialmente u objetivamente antijurídico, sin que deba tomarse en consideración la infracción de la norma personal de conducta (que se integra en el pretensión de ilicitud o antijuridicidad formal).

Y, con relación a este aspecto, debo llamar la atención acerca de la trascendental diferencia (apuntada ya por VIVES) que existe entre la sistemática que ofrece la concepción significativa, de un lado, y otras sistemáticas basadas también en la teoría objetivo-formal de la autoría, sean las concepciones tradicionales, sean incluso algunas concepciones modernas. En efecto, las sistemáticas tradicionales no extraían en el ámbito de la accesoriedad de la participación la consecuencia ineluctable que debe colegirse de la aludida premisa básica en materia de autoría, a saber: una concepción objetivo-formal

debe conducir a concebir la accesoriedad, no como una relación valorativa, sino como una *relación gramatical o lógica* (una conducta es accesoria porque se define como lógicamente dependiente de otra principal), en el sentido de que la participación sólo es lógica o gramaticalmente accesoria frente a la *realización de la acción típica*. En otras palabras, el criterio de accesoriedad que debe acogerse no es el de la accesoriedad limitada (que adoptaban los partidarios de la teoría objetivo-formal tradicional y siguen adoptando algunas concepciones modernas que se basan en la teoría objetivo-formal), sino el de la accesoriedad vinculada a un tipo de acción, relevante y ofensivo, o sea, la accesoriedad *mínima objetiva*.

Llegados a este punto, una vez que se ha asumido una perspectiva objetivo-formal como punto de partida para caracterizar la autoría, el interrogante inmediato que se plantea es el de averiguar si es posible recurrir a criterios adicionales *materiales* que permitan ofrecer un concepto *general* más depurado de autor.

Con respecto a ello, merece ser destacada en nuestra doctrina la vía restrictiva aportada por la aludida teoría de la *determinación objetiva y positiva del hecho*. Y es que, en realidad, conviene reiterar que esta teoría se asienta ya en una premisa objetivo-formal, en la medida en que parte de la base de que la autoría requiere la realización de acciones típicas, y sólo a partir de este presupuesto elabora el criterio *general* de índole *material*, válido para todas las formas de autoría, con el fin de tratar de delimitar *ex ante* (con un loable afán restrictivo), especialmente en los delitos puros de resultado, qué sujeto realiza el tipo, sobre la base de diferenciar en las aportaciones de los intervinientes aquellas que resulten determinantes para la realización típica (y, en consecuencia, las que la norma pretenda impedir con mayor perentoriedad o urgencia) de aquellas otras que simplemente suponen un apoyo, fomento o facilitación de las primeras.

Ahora bien, a esta teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho cabe oponer, con carácter general, la objeción de que, sin desconocer el esfuerzo por lograr un criterio material preciso y riguroso (mucho más perfecto, desde luego, que cualquier otro de índole material) y sin negar que conduce a un concepto más restrictivo de autor que el propuesto tradicionalmente desde las teorías objetivo-formales, lo cierto es que se trata de un criterio que siempre entrañará un margen de imprecisión, dado que, al partir de un concepto general de acción (acción en la que se presupone que hay una cualidad que permite hablar de control o dominio, al margen incluso de la conciencia y de la voluntad del sujeto), se encuentra con el obstáculo de la imposibilidad de reducir todas las acciones (*no descritas típicamente*) a una descripción conceptual abstracta con validez general. Por tanto, si bien dicha teoría proporciona un criterio exegético que podrá ser útil, en su caso, para caracterizar la autoría en los diferentes tipos de la Parte especial, lo que no cabe admitir es que tal criterio pueda ser objetivado *ex ante* como un concepto con validez general antepuesto a la interpretación derivada de los concretos tipos de acción definidos en la ley. De hecho, no deja de ser revelador que los partidarios de este criterio tan restrictivo de autor tengan como principal preocupación la de proporcionar una solución satisfactoria allí donde consideran que el enfoque objetivo-formal no permite ofrecer una delimitación precisa de la autoría, esto es, el caso de los delitos puros de resultado o tipos prohibitivos de causar. Sin embargo, desde el prisma de la concepción significativa, cabe argüir que este sedicente *vacío legal* no es sino la técnica de tipificación que resulta obligada en algunos casos ante la imposibilidad de describir la diversidad de conductas que pueden conducir, en la realidad, a la producción de un resultado. Por tanto, desde la perspectiva de dicha concepción el problema reside en que no puede recurrirse a un criterio doctrinal para delimitar *ex ante* objetivamente los procesos causales conducentes a un resultado y propios del autor. Y de ahí que resulte coherente con la concepción significativa el dato de que el CP español no ofrezca una definición legal que concrete qué es lo que deba entenderse por «realizar» o «ejecutar»: si no resulta posible formular un supraconcepto material y unitario de acción, tampoco será factible pergeñar un concepto material único de lo que sea *realizar o ejecutar una acción*; tales verbos, en fin, no son conceptos generales, sino meros referentes, carentes de contenido material alguno, cuya misión se circunscribe a señalar que el autor debe llevar a cabo una determinada conducta que se corresponde con el sentido derivado de un determinado tipo de acción.

Mención especial merece, en el seno de la teoría de la *determinación objetiva y positiva del hecho*, la contribución específica de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, quien ha añadido la nota distintiva de que dicha teoría debe completarse con la búsqueda de la *acción típica nuclear propia del autor*, que no puede ser ya «cualquier acción ejecutiva», sino solo «aquella en la que descansa el centro de gravedad del injusto del hecho» y que, por ello, posee mayor merecimiento y necesidad de pena.

Ciertamente, ante esta nota distintiva cabe objetar, por de pronto, que, si este criterio se concibe

como un criterio conceptual general material, tal criterio adicional carece de base legal en el CP español, a la vista de la antecitada identificación legal entre *realización* y *ejecución* del hecho y a la vista de que los únicos criterios materiales que ofrece el art. 28 CP son las referencias «por sí solos, conjuntamente o por medio de otro».

No obstante, otra cosa es que esta formulación de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO se conciba como un mero criterio exegético que remite siempre a la ulterior interpretación de los tipos de la Parte especial con el fin de averiguar en estos si es posible hablar de acciones nucleares o no, dado que entonces yo no tendría objeción conceptual sustancial alguna que efectuar, puesto que entre la tesis que aquí mantengo y la de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO habría una gran proximidad en las consecuencias (más allá del diverso punto metodológico de partida), sobre todo si se atiende a las matizaciones que ulteriormente ha introducido este penalista. Así se desprende de su afirmación de que su tesis remite a la interpretación de los tipos de la Parte especial que describen más de una acción típica para saber si todas ellas o sólo alguna o algunas son nucleares, o la afirmación de que su tesis no implica asegurar que en todas las ocasiones en que un tipo describe más de una acción haya acciones típicas nucleares, sino que simplemente se admite la posibilidad de que los criterios de interpretación generales, aplicados a los tipos de la Parte especial, hagan constatar que, en algún caso, la ley puede configurar una parte de la conducta como central y otra u otras como meramente instrumentales de ella (o sea, si los realiza una persona distinta al que realiza el núcleo de la conducta, como actos de participación en sentido estricto, cuya importancia --carácter esencial para el curso del acontecer típico-- es destacada expresamente por la ley, lo que va a conducir a que tal conducta de participación sea conminada, en el Derecho penal español, con la misma pena que corresponde a la autoría, por la vía de la cooperación necesaria).

En resumidas cuentas, conforme al presupuesto metodológico del que parte la concepción significativa, es preciso recordar que el lenguaje no posee un fundamento que determine el significado, en virtud de lo cual lo que da sentido a los signos lingüísticos que utilizamos es el uso que hacemos de ellos y no los conceptos e ideas que a través de ellos se expresan, los cuales son, por tanto, un producto del uso del lenguaje y no un fundamento de ese uso. Sentado lo expuesto, se comprenderá que el camino adecuado para fijar el significado de los términos típicos, y, por ende, para establecer quién realiza en cada caso la acción típica, es atender al uso del lenguaje en los casos (o tipos de casos) *concretos*, y no a través de la búsqueda de un sedicente término general o elemento común a todos los posibles significados (un pretendido concepto general material de autor, en el supuesto que nos ocupa), dado que con este último método se abandonan como irrelevantes los casos concretos, que son los únicos que pueden ayudar a comprender el uso del término general. En síntesis, el «núcleo duro» (en expresión de WITTGENSTEIN, según nos recuerda VIVES) que posibilita seguir una regla se concreta de caso en caso y constituye ya el presupuesto del significado. Si autoría es, en el sentido lógico-gramatical que aquí nos interesa, una categoría de la realización de la acción y si no existe un sentido general que pueda definir en todo caso el concepto de acción (ni el de causa, ni el de ejecución), sino una diversidad de conductas, de las que pueden extraerse sentidos concretos, tampoco podrá existir un concepto que, con carácter general, nos indique quién realiza dicho sentido. En suma, no puede haber un concepto general (material) de autor.

Por consiguiente, a partir de este postulado la delimitación del concepto de autor deberá llevarse a cabo merced a un proceso de *interpretación* de los diversos verbos típicos, conforme al uso común del lenguaje. Una vez aprehendido el sentido de las diferentes conductas que se describen en los tipos penales, podrá averiguarse quién es la persona que realiza el sentido de la acción, o, dicho con más precisión, quién es el sujeto que realiza, parcial o totalmente, el sustrato de la conducta (activa u omisiva) a la que quepa atribuir el significado del comportamiento que se describe en el tipo de acción contemplado en la ley. A tal efecto, como bien resume GÓRRIZ, habrá que partir de la zona indudable de significado del concreto tipo de acción de que se trate (si se quiere, de su núcleo), atendiendo al uso común de los términos del lenguaje y al contexto de uso en el que se aplican (y a la vista también del grado de ofensa al bien jurídico protegido y del plan del sujeto expresado en la acción), con el fin de determinar a partir de qué momento se da comienzo a la ejecución y quién realiza el sentido inherente a dicha ejecución, o sea, qué conductas más alejadas de dicho núcleo comparten también, en su caso, su significado.

Ahora bien, con respecto a ello, interesa añadir que, merced a la mencionada remisión a los verbos típicos de la Parte especial, podrá descubrirse si para la «realización» del tipo basta llevar a cabo la acción *descrita* en el verbo (realización en sentido estricto) o si se requiere llevar a cabo una conducta *adscrita* al verbo típico, aunque no se halle expresamente descrita por éste (realización en

sentido amplio): en ambos casos puede decirse que quien realiza la conducta típica ejecuta. De ahí que VIVES, modificando su posición inicial, haya rechazado que sea posible un concepto *genérico* de realización del tipo (del mismo modo que tampoco puede haber un supraconcepto de acción común a todas las acciones típicas), y haya podido hablar, en cambio, de un *entendimiento lingüístico* de la realización, que --según señalé más arriba-- comporta un concepto amplio de realización del hecho, conforme al cual la ejecución comienza antes del inicio de los actos consumativos.

En definitiva, y recapitulando, cabe decir que en los tipos puros de resultado la concepción significativa se aleja de la versión clásica de la teoría objetivo-formal, dado que se rechaza que pueda ser autor cualquier persona que lleva a cabo una conducta que causalmente influya en el resultado. Pero además, a mi juicio, también cabe concluir que en los delitos en los que la ley describe dos o más acciones típicas la condición de autor no tiene por qué adquirirse ya automáticamente con la realización de cualquiera de esas acciones típicas, puesto que podrá suceder que dicha realización no suponga todavía un principio de ejecución (de realización) del *hecho típico* (concebido en su sentido global).

Eso sí, la caracterización de la autoría no puede prescindir del añadido a la definición general que, a mayores, ofrece el art. 28 CP, en el sentido de que nos aclara (como algo previo a la Parte especial) que no solo es autor el autor inmediato y único, sino que también lo son el autor mediato y el coautor, a cuyo efecto establece unas pautas a partir de las cuales puede afirmarse que se ha realizado el hecho típico: en efecto, en la segunda parte de su definición el art. 28 continúa indicando que los autores realizan el hecho «por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento».

Como ya anticipé más arriba, se trata de unos criterios (o referencias) *materiales legales* que desarrollan el concepto de autor, expresando las diversas variantes a través de las cuales se puede realizar un concreto hecho típico descrito en la Parte especial, y que, *a contrario sensu*, obligan a descartar cualquier otro criterio material (extralegal) no expresamente previsto en la definición del art. 28, como, señaladamente, los basados en la idea del dominio del hecho o en la idea de la competencia.

En una línea de pensamiento identificable en lo sustancial con la que aquí se mantiene se ha pronunciado también DÍEZ-RIPOLLÉS. La diferencia (en principio, diferencia de matiz o meramente formal, según creo) con la concepción que aquí sustento reside en el dato de que, una vez que se ha acreditado la realización o ejecución del tipo específico de que se trate, de modo inmediato o por intermediarios, de forma total o parcial (esto es, el componente que DÍEZ-RIPOLLÉS denomina «acceso al tipo»), y llegado el momento de identificar los ulteriores criterios adicionales obtenidos de las reglas de interpretación jurídicas a partir de las específicas descripciones típicas, este penalista prefiere hablar de la exigencia de un *dominio objetivo del hecho* (de la producción del resultado o de la conclusión de la acción). Ello no obstante, esta expresión no es sino una fórmula conceptual que DÍEZ-RIPOLLÉS utiliza para designar el contenido del segundo componente de la autoría (esto es, el «control del suceso típico») y que luego concreta recurriendo fundamentalmente a los arts. 16.1 y 62 CP, que modulan lo que debe entenderse por actos ejecutivos y que permiten llegar a hablar de *peligrosidad objetiva del comportamiento*, o sea, de elementos de la acción en cuanto que *determinantes de cursos causales imputables objetivamente*.

Según indiqué más arriba, de acuerdo con las premisas metodológicas que he asumido, en lugar de hablar de «control del suceso típico» o de «dominio de producción del resultado o a la conclusión de la acción» (y por más que tal dominio se califique de «objetivo»), habría que emplear la expresión de *realización/ejecución del significado específico* del tipo penal de que se trate, para designar a este segundo componente de la autoría, una vez que se ha constatado, según el paradigma objetivo-formal, el primer componente de «acceso al tipo». Eso sí, ello no supone desconocer, según creo, que los criterios interpretativos concretos que deben emplearse para poder llegar a afirmar que la conducta del sujeto *adquiere el sentido propio de la autoría* (a los que aludí más arriba), son, en esencia, los mismos que utiliza DÍEZ-RIPOLLÉS para obtener la conclusión de que existe el *control objetivo del suceso típico*, lo que no implica, a su vez, obviamente, que la ulterior caracterización específica de cada uno de esos criterios tenga que poseer necesariamente el mismo contenido.

En cambio, y a diferencia de la posición de DÍEZ-RIPOLLÉS, desde la perspectiva de la concepción significativa nada más procede añadir aquí al concepto lógico-gramatical de autoría, integrado en el tipo de acción (en la pretensión de relevancia), concepto al que --insisto una vez más-- es ajena la constatación del dolo o la imprudencia. Y es que, en efecto, al básico concepto lógico-gramatical de autoría no pertenece la vertiente subjetiva de la infracción, integrada por el dolo o la imprudencia del

sujeto: la constatación de la infracción de la norma personal de conducta da lugar a un ulterior concepto de autor, que, presuponiendo todos los elementos del concepto lógico-gramatical, se escinde en dos clases de autoría de una conducta *ilícita*, sea dolosa sea imprudente, que se incardinan en la segunda pretensión de validez de la norma penal (la pretensión de ilicitud o antijuridicidad formal).

Así las cosas, si nos detenemos ahora brevemente en el examen particularizado de cada una de las formas de autoría que se describen en el art. 28 CP, podremos añadir algunas notas ulteriores para su caracterización.

En lo que concierne, en primer término, a la coautoría, cabe decir, de entrada, que, además del requisito *subjetivo* del acuerdo de voluntades, todos los coautores deben *realizar o ejecutar* el hecho, de acuerdo con los postulados de la concepción objetivo-formal más arriba apuntados y de acuerdo con el tenor literal del art. 28, que define la coautoría como «realización conjunta», expresión que, por lo demás, en modo alguno puede entenderse que va referida a los partícipes ejecutivos (como, sin embargo, ha sostenido, entre otros penalistas, GIMBERNAT).

Por tanto, desde el prisma de la concepción significativa (y con arreglo a la regulación del CP español) hay que rechazar todas aquellas tesis que, con variaciones de matiz, comparten la idea central de admitir la teoría del *dominio del hecho*, incluyendo la versión más restrictiva, según la primigenia formulación de ROXIN, que exige para la coautoría un denominado *dominio funcional del hecho*, que comporta añadir a los rasgos básicos de la idea del dominio del hecho el requisito de que la aportación del coautor se lleve a cabo en la fase ejecutiva. Y es que, en efecto, aun en esta versión más restrictiva, la caracterización de la autoría debe ser descartada porque incluye en el ámbito de la coautoría contribuciones que, si bien son simultáneas a la realización del hecho típico y esenciales para la comisión del delito, no revisten, por sí mismas, la cualidad de ser actos *ejecutivos*, sino que son contribuciones a la ejecución que realiza otro.

Aunque la idea del *dominio funcional* está bastante extendida en la doctrina española, por la influencia de la doctrina alemana (singularmente de ROXIN), no se ajusta a la regulación del vigente CP español, que, como indiqué, impone una exigencia objetivo-formal, no solo para la autoría sino también para la coautoría, a la vista del concepto integrado de autor, y que --añado ahora-- prevé, a diferencia del StGB alemán, la figura de la cooperación necesaria, que permite atender adecuadamente a la gravedad de la conducta de participación.

Por lo demás, desde la perspectiva de la concepción significativa, hay que agregar, a mayores, el dato de que la conducta típica efectivamente *realizada o ejecutada* por los diferentes coautores no puede ser fraccionada en contribuciones materiales e individualizables, sino que tiene que ser vista en su globalidad, como una conducta que se realiza *conjuntamente* por todos ellos, de tal modo que, así contemplada, comporta la realización del *sentido* que se desprende del específico tipo de acción de que se trate, determinación de sentido que cobra especial relieve en los delitos puramente resultativos, en los que --según se indicó-- el legislador no explicita los requisitos de acceso al tipo.

En lo que atañe a la autoría mediata, cabe precisar que, a la vista de la regulación del art. 28 CP, que introduce esta modalidad de autoría en el texto legal español, el autor mediato es un verdadero autor, que, indudablemente, *realiza o ejecuta* el hecho como propio, con la única particularidad de que para ello «se sirve de otra persona como instrumento». Pero, además, de dicha regulación cabe deducir que el autor mediato comienza ya a «realizar» o a «ejecutar» el tipo desde el instante en que empieza a ejercer su actuación sobre el instrumento, habida cuenta de que en ese momento empieza ya a «servirse de» otro, y, por tanto, lleva a cabo una acción de tentativa, siempre que, claro es, se constate en el autor mediato la intención de que el delito se consume. Por consiguiente, a partir de ese instante será factible, a mi juicio, castigar al partícipe que contribuya a la actividad instrumentalizadora del autor mediato.

Eso sí, al igual que sucedía en relación con el autor inmediato, será en el seno de la pretensión de ilicitud donde se determinará el contenido de la infracción de la norma personal de conducta y, en concreto, si el autor mediato obró con dolo o con imprudencia, puesto que para el concepto lógico-gramatical de autor mediato solo es imprescindible acreditar que este se sirve de otra persona como instrumento para realizar un hecho penalmente típico, sin que se exija componente subjetivo de ilicitud alguno: se trata, pues, del mismo concepto de autor (objetivo) que rige para el autor inmediato, y cuya presencia es la que, a mi juicio, abre ya la posibilidad de castigar a los partícipes que colaboran con la conducta del autor mediato.

Por su parte, el instrumento *también realiza el tipo*, concebido como tipo de acción, desde el momento en que comience a ejecutar el hecho típico y ofensivo para un bien penalmente protegido (y

aunque obre sin dolo), con la excepción, obviamente, del supuesto en que el instrumento lleve a cabo una conducta atípica y realice solo el sustrato material del tipo, algo que sucederá siempre en el caso de los delitos especiales (en los que el instrumento no puede realizar el tipo de acción en su totalidad por faltarle la cualidad especial para poder ser sujeto activo), así como en los tipos de acción que requieran un elemento subjetivo específico para caracterizar la propia acción (en los que cabe la posibilidad de que tal elemento concorra solo en la persona del autor mediato), o, en fin, en aquellos casos en los que la víctima del hecho delictivo sea el propio instrumento (y tal hecho no sea penalmente típico, si lo realiza la víctima). Por tanto, salvo en estos supuestos, el instrumento será también un autor en sentido lógico gramatical, y en la conducta que él realiza cabe asimismo una participación punible, aunque evidentemente nunca llegue a ser responsable del delito.

Por lo demás, conviene aclarar que, a mi juicio, la decisión acerca del contenido de la accesoriedad cualitativa, o sea, la decisión sobre cuál sea el nivel dogmático de implicación en el delito a partir del que quepa hablar ya de un *autor* y poder admitir el castigo de la participación, nada tiene que ver con la caracterización del instrumento, esto es, nada tiene que ver con la determinación de cuándo una persona puede considerarse instrumento al servicio de otra y, en concreto, a partir de qué nivel dogmático de implicación en el delito puede dejar ya de hablarse de instrumento y, consecuentemente, descartarse la presencia de un autor mediato, que pasaría entonces a ser partícipe. En síntesis, el concepto de autor en sentido lógico-gramatical no prejuzga el concepto de instrumento.

Sobre la interpretación en Derecho Penal

Iván Meini

Profesor Principal de Derecho Penal

Pontificia Universidad Católica del Perú

I. LA NECESIDAD DE INTERPRETAR Y EL ÁMBITO DE INTERPRETACIÓN

Si solo fuera necesario interpretar los textos jurídicos que carecieran de claridad o que permitieran dos o más lecturas, no habría necesidad de interpretar aquellos cuya redacción no ofrezcan dudas sobre su significado y alcances. Esta posibilidad, sin embargo, no es sostenible. Con excepción de los preceptos jurídicos que incorporan realidades sobre cuyo significado existe pleno consenso --y el

único caso, podría decirse, es el de los conceptos matemáticos--²⁹³, el resto de enunciados es pasible y necesitado de interpretación. No solo porque lo que para algunos resulta nítido o ambiguo para otros puede no serlo. También porque la claridad o imprecisión de un texto es algo que podrá predicarse después de haber sido interpretado. La interpretación de la ley es presupuesto de su

aplicación²⁹⁴. Y, dado que la ley penal desvalora, prohíbe y sanciona comportamientos que tienen

lugar en sociedad, y no hechos neutrales o sucesos o fenómenos naturales, quien interpreta la ley

penal no describe un hecho según reglas físicas, biológicas o químicas que, en el mejor de los casos,

ofrecen una explicación del proceso causal que ha producido el hecho. Quien interpreta una ley

asigna un significado al precepto legal sobre la base de reglas jurídicas.

En Derecho Penal, el desarrollo de la teoría de la interpretación ha estado vinculado al estudio de los preceptos de la Parte Especial que prevén delitos y penas y a su intento de identificar las normas de comportamiento y de sanción que subyacen a ellos. Limitar la interpretación de la ley penal a los preceptos de la Parte Especial se revela rápidamente como insuficiente. También se requiere conocer el significado de los preceptos de la Parte General que mencionan las categorías jurídicas que los jueces y fiscales (y en general los operadores del Derecho) emplean para atribuir y descargar de responsabilidad penal. Por lo general, el contenido de estos preceptos *no es definido* por la ley, sino por la doctrina y jurisprudencia. Sucede así, por ejemplo, con el dolo y la imprudencia, las distintas formas de autoría y de participación, la tentativa del delito, las distintas modalidades de error, las eximentes de responsabilidad penal y con la mayoría de las reglas para determinar judicialmente la pena. Es muy poco frecuente que los Códigos Penales definan estas y otras categorías que se emplean en la atribución de responsabilidad penal, pero ello no impide a las jueces aplicar la ley penal.

Que la ley penal omita con frecuencia definir las categorías jurídicas que regula y que no regule todas las categorías jurídicas que se emplean judicialmente para atribuir y descargar de responsabilidad (por ejemplo, riesgo típico, la imputación objetiva del resultado, el deber objetivo de cuidado) no debe extrañar. Esto solo demuestra que la actividad interpretativa, sobre todo la judicial, trasciende la interpretación de la ley penal, o, lo que es lo mismo, admite la interpretación *extra legem*.

Con motivo del libro homenaje a mi Maestro, Juan María Terradillos Basoco, me propongo reflexionar sobre si y hasta qué punto la interpretación de la ley penal, como acabo de insinuar, si

bien está inspirada por la ley penal, no se limita ni agota en ella. Me motiva, en particular, colocarme imaginariamente en los zapatos de mi maestro --y en los que calzaron otros grandes catedráticos de su generación-- cuando tuvieron que hacer Derecho Penal en una España que carecía de un marco constitucional que sirviera de referencia, límite o soporte. En ese contexto, el recurso a principios y valores parecería obligatorio e incluso el único camino. Tal vez hoy en día, aun cuando los Estados de Derecho cuenten con Constituciones Políticas y exista un completo marco normativo supra nacional en materia de derechos fundamentales, sea necesario seguir tal sendero. Una sociedad democrática y liberal que se organiza como Estado de Derecho apuesta decididamente por fomentar los ámbitos más amplios de libertad de las personas que se reconocen, todas, recíprocamente como seres iguales²⁹⁵. En pocas palabras: igualdad y libertad como principios y valores sociales, políticos y jurídicos que inspiran la aplicación del Derecho Penal, y con ello, la interpretación de la ley penal porque, adelantando la conclusión a la que llegaré, sobre ellos se erige la organización social, el Derecho y el Derecho Penal.

Una idea que puede contribuir a lo dicho en el párrafo anterior es que el sometimiento a la ley que impone el principio de legalidad sólo debería legitimarse en tanto la ley logre expresar un ejercicio razonable del poder. La autoridad del legislador para emitir leyes no se desprende únicamente de su estatus, ni de que haya sido elegido democráticamente. Tal legitimidad radica, especialmente, en el hecho que las leyes objetiven las reglas que rigen las relaciones sociales²⁹⁶. Esto tiene una consecuencia vital para la actividad interpretativa: la fidelidad que el intérprete ha de mantener es con los valores que inspiran la aplicación razonable del derecho. Valores como libertad e igualdad (y su derivado más inmediato, el libre desarrollo de la personalidad) que reclaman ser expresados mediante leyes jurídicas, pues solo así es posible calificar de razonable la aplicación del derecho. Y solo así puede ser impuesto y respetado un derecho que aspire a regular la convivencia social²⁹⁷.

II. Comunicación, interpretación y principios generales

El derecho, como todo mecanismo de comunicación, se vale de símbolos para transmitir mensajes normativos. La formulación de normas mediante el empleo del lenguaje corriente (que no es otra cosa que el empleo de determinados símbolos a los cuales se les asigna un significado) genera que lo que el legislador haya querido transmitir esté limitado por las incertidumbres propias del lenguaje²⁹⁸. Una de esas incertidumbres se refiere a las posibilidades, mayores o menores, que tiene el destinatario del mensaje de entenderlo. Ni siquiera siendo extremadamente cauteloso en la elección de los símbolos que se empleen para comunicar una idea se podrá estar seguro que la idea que se quiso comunicar sea la que el lenguaje ha logrado expresar ni que coincida con lo que el destinatario ha entendido. Así como el emisor del mensaje asume como válidos ciertos criterios que le permiten elegir las palabras que emplea en la formulación de su mensaje, así también el receptor está pre-condicionado para entenderlas según sus propios criterios. Un sistema jurídico que privilegia la escritura como lenguaje de comunicación normativa no es ajeno a esta realidad. Aun cuando se comparta la idea de que un lenguaje escrito alcanza altas cuotas de formalidad y que ello favorece la seguridad jurídica se deberá aceptar, sin embargo, que en comunicación no importa tanto lo que se emite como lo que se percibe. Así, las *reglas* que se emplean para asignarle un significado a los símbolos lingüísticos --que se reciben en forma de regulación jurídica-- condicionan la metodología de la interpretación y orientan sus resultados. En un Estado Constitucional de Derecho dichas reglas son los principios generales del derecho.

Lo anterior no solo deja de lado la interpretación subjetiva que indaga por la voluntad del legislador, sino que encuentra su razón de ser en la necesaria funcionalidad que ha de tener el sistema jurídico. Funcionalidad que se alcanza si la interpretación del derecho mantiene la coherencia con la razón del sistema jurídico. Algo que, por lo demás, al menos en el caso del Perú, exige el propio derecho formal cuando el art. 139.8 de la Constitución Política proclama «el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley», precisando que, «en tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y del derecho consuetudinario». No indagaré aquí y ahora sobre el papel que juega la costumbre en Derecho Penal, pero resulta claro que si los principios generales del derecho se aplican en aquellos ámbitos *no regulados* (es decir, colman lagunas) y en aquellos casos regulados de manera deficitaria (deficiencia de ley), es porque necesariamente han inspirado la ley que rige en los ámbitos regulados y en los ámbitos regulados con corrección. No otra cosa se deriva de la unidad y coherencia a la cual aspira todo sistema jurídico. Sería absurdo que las lagunas del derecho desconociesen la lógica con la cual se resuelven los supuestos legalmente previstos. Podría cuestionarse, sin embargo, que en Derecho Penal se necesite colmar alguna laguna pues ello

vulneraría el principio de legalidad cuando proclama que solo se puede sancionar por los hechos previstos como delitos en la ley. Pero desde la perspectiva que aquí se mantiene, debe antes rechazarse la existencia de las llamadas lagunas del derecho: si existe ya una regulación aplicable --principios generales-- que permite colmarlas, es porque no existe laguna ni vacío. Cuestión distinta es el método que ha de seguir el aplicador del derecho para interpretar la ley penal y aplicar principios generales a supuestos que *aparentemente* no se encuentran previstos por ley. Esta es una discusión que debe solventarse principalmente diferenciando la analogía de la interpretación. Con todo, lo que aquí interesa es que si los principios generales del derecho inspiran la regulación legal (penal), la interpretación que se haga de ella debe estar orientada hacia el respeto de dichos principios.

Trasladado lo anterior al ámbito del Derecho Penal: los comportamientos que contravienen la norma penal (comportamientos *típicos*) son supuestos *expresamente* regulados, y esa regulación comunica una valoración negativa al tratarse de supuestos lesivos o de riesgo para bienes jurídicos penales. Por su parte, la valoración jurídica que reciben los comportamientos *atípicos* es positiva, en el sentido de que al no lesionar o poner en riesgo bienes jurídicos penales pertenecen al ámbito de libertad jurídicamente garantizado: ¡los comportamientos atípicos son también supuestos de hecho regulados (positivamente) por los principios generales del derecho! Sostener que los comportamientos atípicos constituyen lagunas del derecho o supuestos no regulados jurídicamente pasa por alto que lo atípico presupone el *derecho* de actuar libremente y por tanto presupone una valoración jurídica.

Que los principios generales del derecho sean el *pre-juicio* que condiciona la interpretación de la ley penal (y de la ley en general) refuerza la tesis de que la actividad del intérprete, lejos de ser pasiva, es creativa. No aclara el sentido de la ley. Le atribuye uno. Y se condice además con el rol que le compete a la justicia como razón ética de la interpretación en un Estado de derecho. Si uno se pregunta luego por los concretos principios generales que ilustran la actividad interpretativa, debe reconocerse que muchos de ellos se encuentran ya recogidos por la gran mayoría de las constituciones modernas, como es el caso del libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, la libertad de pensamiento, etc. Otros, como ha sostenido el Tribunal Constitucional peruano ²⁹⁹, no obstante no estar expresamente previstos en el derecho formal, se infieren del marco constitucional y del modelo de Estado (se interpreta el marco constitucional y el modelo de Estado). Sucede así, para citar tres ejemplos conocidos, con el principio de proporcionalidad ³⁰⁰, la naturaleza de *ultima ratio* del Derecho Penal ³⁰¹ y el principio de culpabilidad ³⁰². Esta situación ha de ser vista como una razón más para afirmar que el intérprete no está vinculado al derecho positivo, sino a la expectativa de justicia que toda ley presupone ³⁰³.

Expectativa de justicia que, *grosso modo*, se sintetiza en el respeto a la libertad e igualdad, entendidas como constructos sociales que gozan de amplio reconocimiento en el actual estadio del pensamiento humano al ser parte del conjunto de valores generados en últimos siglos de evolución social. Son pues una *forma cultural* de concebir las relaciones de las personas en sociedad. Por tanto, con independencia de que se encuentren o no previstos por la ley, los postulados de libertad e igualdad, como todos los principios generales del derecho, existen y son vinculantes en Derecho.

Sobre esta base puede afirmarse que es el Juez quien produce las normas jurídicas dado que es su interpretación de la ley la que resuelve las controversias existentes. La ley, en este escenario, es una buena herramienta para orientar la solución de la controversia, pero no contiene todos los insumos que se requiere para darle respuesta. Piénsese tan solo en la forma en que las legislaciones penales tipifican el delito de homicidio («el que mata a otro» o «el que causa la muerte de otro»).

Es evidente que la ley penal no describe ni incorpora todos los elementos que se necesitan para saber si se ha cometido un *delito* de homicidio, pues, por ejemplo, no se pronuncia sobre el inicio o fin de la protección penal de la vida. De hecho --y esta es una afirmación aplicable a todos los delitos-- la determinación del bien jurídico protegido, de sus límites y presupuestos, es algo para lo que la ley penal se muestra insuficiente. Afirmar que en el homicidio se protege la vida y en el hurto el patrimonio no contribuye en nada a la determinación de qué ámbito de libertad se protege cuando el Derecho Penal prohíbe que la decisión sobre el plan vital o sobre el patrimonio la toma una persona distinta al titular de dichas libertades. Para ello será necesario siempre integrar la ley penal con el ordenamiento jurídico. No otra cosa se desprende del carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal. En este contexto conviene recordar la frase que se le atribuye a Mahoma: se puede dar una ley injusta a un Juez justo, pero no una ley justa a un juez injusto. Los preceptos jurídicos y en general las

disposiciones legales contendrían sólo normas presuntas ³⁰⁴ que han de ser explicitadas. Desde esta perspectiva, la validez de las normas depende de que el Juez dirija su poder decisonal hacia la realización de los fines del sistema jurídico.

Lo dicho hasta aquí sólo demuestra que la interpretación pretende una aplicación racional y justa de la ley, pero no responde a la interrogante de si es posible que el intérprete logre captar el grado exacto de justicia que demanda el caso al cual se enfrenta. Y como la elección de la interpretación *más justa* depende de las razones que se invoquen para demostrar su compatibilidad con los postulados de libertad e igualdad, y no de la autoridad de quien la formule, parece lógico que la argumentación desempeñe aquí un rol esencial. No se trata únicamente de reivindicar a la argumentación como sometimiento del poder al derecho (a la razón), o de exigir a los órganos públicos que justifiquen racionalmente sus actuaciones ³⁰⁵, sino, sobre todo, de que solo podrá admitirse como interpretación válida aquella que explicita las razones y motivos en cuya virtud se le otorga al texto legal un significado que realiza los fines constitucionales del Derecho en general y del Derecho Penal en especial ³⁰⁶.

Lo que conduce a la necesidad de motivar las decisiones judiciales. Motivación que, como principio de la Administración de Justicia propio de un Estado de Derecho, permite que las resoluciones judiciales sean oponibles, sus razones conocibles, y se favorezca así la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva ³⁰⁷.

III. INTERPRETACIÓN COMO ASIGNACIÓN DE UN SIGNIFICADO

A los argumentos ya mencionados a favor de la tesis que sostiene que la interpretación es la asignación de un sentido al texto legal (básicamente los argumentos vinculados a la naturaleza del proceso comunicativo del que se vale el derecho y a la transmisión de mensajes mediante símbolos y la captación del mensaje mediante la atribución de significados a los símbolos) cabe añadir las siguientes razones. Si la interpretación jurídica consistiera efectivamente en *asignarle* un sentido al precepto penal, sería posible emplear la ley penal en situaciones distintas a aquellas existentes al momento de su creación. Ello favorecería su vocación de permanencia en el tiempo y le permitiría dar respuesta a los distintos conflictos a pesar de los cambios sociales, pues se trataría siempre de que la ley actualice y explicita los principios generales del derecho ³⁰⁸, y de tener en cuenta la función que cumple el precepto legal en la protección del bien jurídico ³⁰⁹. Se trataría, en definitiva, de que la interpretación proponga lecturas racionales del precepto penal orientadas a los valores que la Constitución consagra y compatibles con la razón de ser del Derecho Penal.

Una de las consecuencias de admitir que la interpretación sea la asignación de un *sentido racional y justo* al texto legal, es que en algunas ocasiones la interpretación jurídica mostrará que el precepto penal no puede ser aplicado de manera racional y justa, y obligará a su inaplicación. Sucede así, por ejemplo, al menos desde la perspectiva que aquí se asume, con el delito de eutanasia que algunas legislaciones --como la peruana, art. 112 CP)-- mantienen. Si se asume que la razón de ser de la protección penal de la vida humana no es otro que garantizar que su titular no sufra intromisiones no autorizadas de terceras personas (incluido el Estado) que alteren el libre desarrollo de su personalidad, o lo que es lo mismo, que solo el titular decida sobre su vida o muerte (por eso el suicidio no se sanciona), y si se tiene en cuenta que en la eutanasia la decisión de morir es adoptada de manera libre, autónoma y responsable por el titular del bien jurídico, ésta, desde una perspectiva valorativa, se diferencia del suicidio sólo por la forma en que se ejecuta la decisión de morir. La aplicación del delito de eutanasia, incluso de manera restrictiva, contradice la razón misma de la protección penal de la vida. Esta forma de interpretación, orientada a valores constitucionales, privilegia la razón por la cual existe el Derecho Penal: garantizar y fomentar la libertad del sujeto y el libre desarrollo de su personalidad.

Lo dicho en los párrafos anteriores no debe ser tenido como un menosprecio al principio de legalidad. La relación entre interpretación de la ley penal y principio de legalidad es sumamente estrecha: si la legalidad tiene como función evitar la arbitrariedad estatal, parece lógico que el sentido que se atribuye a la ley penal mediante la interpretación jurídica sea uno racionalmente previsible según los valores del Estado social y democrático de derecho ³¹⁰. Pues es este modelo de organización social el que demanda que la ley penal promueva la libertad individual, y es ésta, la libertad individual, y su fomento, lo que justifica la existencia de la ley penal. Si a esto se le añade que el conocimiento del derecho positivo no es razón por la cual las personas se inhiben de cometer

delitos (es un hecho que la inmensa mayoría de personas no conocen el Código Penal), sino que en tal decisión confluyen una serie de factores, entre lo que destacan por un lado la eficacia del sistema de persecución criminal y los valores que cada persona considera justo defender ³¹¹ por otro, podría sostenerse que la legalidad debe estar en armonía con los valores sociales sobre los cuales se erige el sistema jurídico.

Se revela así una de las razones por las que la literalidad del precepto penal no constituye un límite de la interpretación: la convivencia pacífica que propone el Derecho Penal no puede estar supeditada a la habilidad lingüística con la que el legislador redacta los textos legales, sino a la racionalidad de las normas que en dichos textos se incorporan. Sólo así puede afirmarse que el principio de legalidad fomenta la seguridad jurídica, ya que lo racionalmente previsible lo es tanto para el ciudadano como para el Juez que impone la sanción. Ambos, ciudadano y Juez, se encuentran sujetos a la misma interpretación.

En todo caso, el *nullum poena sine lege stricta* tiene una mayor capacidad de rendimiento cuando se interpreta las consecuencias jurídicas del delito, pues no se admite que se imponga una pena o medida de seguridad no prevista previamente por la ley. En la interpretación del supuesto de hecho del precepto penal, por el contrario, se admite una lectura distinta del postulado de la ley estricta y la superación de la interpretación literal. La razón es la misma que impide crear una nueva consecuencia jurídica vía interpretación: se trata en ambos casos de dotar de sentido a la ley, pero, para decirlo con un ejemplo, una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, sólo admite ser determinada judicialmente como una pena de dos, tres o cuatro años. No así el comportamiento típico, que se refiere a toda una gama de posibles comportamientos idóneos para lesionar o poner en riesgo el bien jurídico, y no, como sucede con las consecuencias jurídicas, de posibilidades taxativas.

IV. Puesta en práctica

1. El telos como criterio primordial y la literalidad como dato accesorio

El significado que la interpretación teleológica postula está supeditado al fin (*telos*) que desempeña el enunciado a interpretar. Se trata, por consiguiente, de una interpretación valorativa, pues el precepto penal encuentra su razón de ser en la tutela de un bien jurídico (en el caso de los regulados en la Parte Especial) o en la regulación de criterios de imputación de responsabilidad penal y determinación de la pena (en la mayoría de casos de los de la Parte General). Como tal, reivindica la funcionalidad del precepto legal como parte de un orden homogéneo de valores ³¹², garantizando una aplicación racional de la ley y en consonancia con los fines del Derecho Penal. Fines que, al derivarse de la propia Constitución, conducen a una interpretación de los preceptos penales conforme a ella. La interpretación teleológica determina el *ámbito de protección de la norma penal*. Este criterio --que cumple una función clave en la determinación del comportamiento típico-- consiste en diferenciar un comportamiento jurídico-penalmente desaprobado de uno que no lo es.

Interpretar teleológicamente requiere conocer la razón de ser de la norma penal. Lo que se logra, en primer lugar, teniendo en claro que el Derecho Penal privilegia la protección de bienes jurídicos como mecanismo de fomento de la libertad, y, luego, ubicando al precepto penal en un sub-sistema penal concreto, es decir, relacionándolo con la protección de un determinado bien jurídico y haciéndolo funcional y racional hacia dicha protección ³¹³. La interpretación teleológica y la sistemática se encuentran estrechamente vinculadas: solo es posible identificar el fin que cumple el precepto penal si se le ubica en un determinado contexto valorativo. Por lo demás, la interpretación teleológica en Derecho Penal presupone respetar, sin excepción alguna, la libertad del titular del bien jurídico, lo que permite retomar una idea ya planteada y explorarla aún más. Se dijo antes que, llegado el caso, la interpretación jurídica debe estar en condiciones de denunciar la imposibilidad de darle una lectura racional al precepto legal y proponer su inaplicación. Introducida la libertad individual como criterio fundamental de interpretación teleológica es posible ahora sostener que nunca podrá imputarse responsabilidad penal por actos que el titular del bien jurídico haya admitido libremente.

La consecuencia más relevante de la interpretación teleológica, al menos según la concepción que aquí se defiende, y que puede derivarse de lo dicho hasta ahora, es que la literalidad del precepto no impone ningún límite a la interpretación ³¹⁴. Esta tesis ha sido admitida en alguna ocasión por la jurisprudencia: «dentro de la interpretación de la ley se ha superado la teoría de la interpretación gramatical o textual, para los fines de administrar justicia, donde debe primar la interpretación

teleológica y concordada de las leyes o dispositivos legales» (Exp. N. 251-98 Loreto Sala Penal «C» de 3 de agosto de 1998). Y es que, en efecto, si de lo que se trata es de que la decisión judicial asegure que la respuesta estatal al conflicto penal sea justa y en ella se expresen los principios generales del Derecho (de nuevo, aunque no solo, libertad e igualdad), la literalidad del supuesto de hecho de la ley penal contribuirá decididamente a identificar la razón que justifica la prohibición del comportamiento y su censura penal (el bien jurídico). Pero de ahí en adelante, los límites del comportamiento típico deben ser establecidos vía interpretación por las necesidades de protección de dicho bien jurídico en comparación a la necesidad de fomentar y tutelar la libertad de las personas. Expresado en pocas palabras, la interpretación, en este punto, debe asegurar una ponderación justa de libertades, pues, en definitiva, la libertad que se restringe a las personas cuando se tipifica un delito sirve para garantizar el libre ejercicio de la libertad de las personas.

Cuáles son las reglas y criterios para ponderar de la mejor manera posible las libertades a la que se hace referencia, no es algo que indique la ley penal. Aquí solo cabe invocar al principio de proporcionalidad.

2. Interpretación, analogía de la ley penal y analogía de la norma penal

Si se comparte lo dicho hasta aquí, o si, en todo caso, no parece tan descabellado lo afirmado, podría ensayarse una sutil diferencia entre interpretación de la ley penal y analogía de la ley penal: si se distingue entre *norma penal* como pauta de conducta preceptiva y *precepto penal* como conjunto de símbolos lingüísticos a interpretar para alcanzar la norma penal ³¹⁵, y se asume que la interpretación de la ley penal arroja como resultado la norma penal, podría sostenerse que la analogía que se prohíbe es la analogía de la norma penal y no la del precepto penal. El sentido del precepto penal ha de ser asignado empleando todos los mecanismos de interpretación e integración, incluida la analogía, que, para estos efectos, no es otra cosa que incorporar términos no previstos expresamente en el texto de la ley en el ejercicio interpretativo. Expresado ahora a modo de tesis: si el supuesto de hecho que se juzga se condice con la razón de ser de la norma penal (interpretación teleológica y sistemática de la ley) ha de ser subsumido en la ley y considerado un comportamiento típico, aun cuando contravenga el sentido literal del precepto legal e incluso cuando se trate de una analogía del precepto penal. Ésta, la analogía del precepto penal o la interpretación-analogía, no se prohibiría. Entre otras razones porque, al menos hasta donde soy capaz de observar, no es posible no incurrir en ella si se quiere interpretar teleológicamente la ley penal.

Lo que está vetado es incurrir en analogía de la norma penal. Esto es, aplicar la consecuencia jurídica del precepto penal a un supuesto de hecho que no se condice con la razón de ser de la ley penal.

El ejemplo con el que quisiera ilustrar lo dicho es el delito de prevaricato que se regula el art. 418 del Código Penal peruano en los siguientes términos: «El Juez o Fiscal que (...) cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas (...)». Cuando se indaga acerca de si los árbitros están comprendidos en el universo de posibles autores del delito, la literalidad del precepto contesta negativamente. Sin embargo, puede ensayarse otra respuesta: si los árbitros están legitimados por el Estado para resolver controversias jurídicas y sus decisiones tienen el valor de una sentencia judicial, es decir, si administran justicia, que el texto legal no los mencione expresamente no parece ser argumento suficiente para impedir que sean considerados sujetos activos. Tal interpretación literal, restrictiva, deja sin protección una parcela importante del bien jurídico y, lo que es más importante, desatiende a la norma penal que subyace al enunciado. En efecto, la interpretación que desde el bien jurídico se impone es que el *sentido o la razón de ser* del delito de prevaricato tiene que ver con reprochar y castigar los comportamientos que ahí se describen y que atentan contra la administración de justicia. La norma penal, en este caso, se dirige a todas las personas que tienen la posibilidad de administrar justicia a nombre del Estado y, al hacerlo, citan pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoyan en leyes supuestas o derogadas.

En esta línea, el vocablo «juez» debe ser interpretado para incluir en él no solo a los jueces que, en tanto funcionarios públicos, laboran en el Poder Judicial, sino también a los árbitros, puesto que el comportamiento típico puede ser realizado por todos ellos. Si a esto se le llama interpretación extensiva o interpretación-analogía, es algo anecdótico. Más relevante es llamar la atención sobre la necesidad de protección del bien jurídico. Distinto sería pretender aplicar el delito de prevaricato a quienes pueden dirimir controversias, pero sin que sus decisiones tengan calidad de sentencia. Por ejemplo, un empleador. Este sería un caso de analogía de la norma penal que se prohíbe.

V. Epílogo

En algunas ocasiones, cuando le presentaba el borrador de algún trabajo o conversábamos sobre Derecho penal, mi maestro, Juan Terradillos, luego de escucharme atentamente, me miraba

profundamente, me explicaba su punto de vista y me decía algo así como «no lo comparto, pero está bien, sigue». Hace pocas semanas, platicando sobre si los viáticos podrían ser objeto del delito de peculado, volvió a suceder. Nunca lo dijo con tono de reproche o censura. Nunca intentó imponer alguna idea. Por el contrario, desde que lo conocí, en Lima en 1995, con motivo de su primera visita a la capital del Perú, las palabras y gestos con que se ha dirigido se han orientado a estimularme en la investigación y docencia en la Universidad y a respetar la diversidad de pareceres. La única condición ha sido --y debe ser-- el respeto absoluto a las libertades y derechos de las personas y que el Derecho Penal debe ser tan mínimo y racional como sea posible en Estado de Derecho. Si bien es usual que estas condiciones sean pregonadas, no lo es tanto que se prediquen con el ejemplo, de manera coherente y a lo largo de tantos años de vida universitaria. Juan Terradillos lo ha hecho y lo hace.

Me gusta creer que ser discípulo de Juan Terradillos no se limita al dato formal de que haya sido él el director de una tesis de doctorado. Si bien es un lujo que así haya sido, la interpretación gramatical tiene que ceder, también aquí, como en el caso de la ley penal, frente al telos. Significa, al menos así lo siento, tener en Juan a un referente universitario, gozar de un aprendizaje permanente a su lado, y saber que, como maestro, siempre se puede contar con él.

NOTAS:

[1](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La investigación en el derecho penal», en *Lineamientos metodológicos para la investigación jurídica*, núm. I (2014), Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 7.

[2](#)Lo decía con meridiana claridad hace algunos años E. BORJA JIMÉNEZ: «La dogmática penal, en su afán de constante perfeccionamiento, de alcanzar un sistema cerrado capaz de responder a todos los problemas que plantean las instituciones penales desde el punto de vista de la lógica y de la coherencia interna, ha terminado contemplándose a sí misma. Ha pretendido, como dijo un famoso penalista, partir un pelo por la mitad y ha dejado de lado el aspecto humano del Derecho Penal. Los juristas, especialmente los penalistas, nos hemos preocupado tanto por el método, por la sistematización de las categorías, por su aptitud para encasillar perfectamente cada pieza en el complicado engranaje dogmático, que hemos olvidado los verdaderos fundamentos de todo ordenamiento jurídico. En esa búsqueda de la universalidad, de la irrefutabilidad, de la constatación lógica, para resolver problemas estrictamente humanos, hemos recurrido a los parámetros del pensamiento "cientifista". Y de tanto complicar nuestra disciplina, hemos sustituido el Derecho Penal de las garantías por el Derecho Penal del sistema. Y ya nadie nos entiende» --«Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del Derecho penal», *Nuevo Foro Penal*, núm. 62 (1999), p. 125.

[3](#)«La investigación en Derecho penal pretende dar respuesta sistemática a los numerosos problemas sin resolver en torno a la "cuestión penal", respuesta que es necesario traducir en la práctica mediante los procedimientos que resulten más adecuados, a fin de lograr los resultados apetecidos, cuya idoneidad debe ser testada continuamente. Y este sencillo esquema es tan aplicable a la investigación puramente dogmática, de la que se espera respuesta aplicativa (de los jueces) o legislativa (de los parlamentos), reflejada en resultados --sentencias o cambios normativos--, como a la investigación criminológica, que sale de las bibliotecas universitarias para, por ejemplo, entrar en las prisiones, analizar cómo se cumplen las penas privativas de libertad, valorar sus consecuencias y proponer alternativas, de mejora o de sustitución. De ahí la necesidad de plantearse la investigación desde perspectivas no asépticas: ser conscientes de la utilidad de la investigación obliga a decidirse sobre qué investigar y para qué hacerlo» --J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La investigación en el derecho penal», *cit.*, pp. 9-10.

[4](#)B. SCHÜNEMANN, «El propio sistema de la teoría del delito», *InDret*, núm. 1 (2008), p. 10.

[5](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La investigación en el derecho penal», *cit.*, p. 11.

[6](#)Razón por la cual han proliferado en los últimos tiempos las monografías «de urgencia», dedicadas a comentar siquiera de forma sucinta las principales novedades de la última reforma penal de turno.

La celeridad de los cambios legislativos en los últimos años ha adquirido tal calibre que resulta prácticamente imposible aprehender la relevancia y sentido de tales reformas sin acudir a estas utilísimas monografías. Sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse a título de ejemplo, como obras útiles a la hora de entender la trascendencia global de la última macro reforma emprendida en nuestro país, las de F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (dir.) y J. DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013; y G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

⁷De indudable importancia resulta en este contexto el Estatuto de Roma, adoptado el 17 de julio de 1998, que es el instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional (CPI). Sobre éste y otros Tribunales penales internacionales, véase por ejemplo G. WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

⁸La influencia de la mayoría de esos factores en la criminalidad actual fue objeto de debate en el 13º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en Doha del 12 al 19 de abril de 2015. Al respecto, véase el Documento *Formas nuevas y emergentes de delincuencia: Amenazas con que el mundo debe contar*(#sdfootnote9anc" _mce_href="#sdfootnote9anc" name="#sdfootnote9sym"9Al respecto, véase por ejemplo J. PÉREZ ARIAS, *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Madrid, Dykinson, 2014, *passim*.

¹⁰En sentido similar, J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La investigación en el derecho penal», *cit.*, pp. 16-17: «los cimientos deben responder a las necesidades del edificio final. Los mejores pivotes para asentar un edificio vanguardista en el centro de Tokyo quizá no sean idóneos para construir una serie de palafitos en el Amazonas. De ahí la necesidad de diseñar programas integrales de investigación que den sentido a cada una de sus fases y a cada uno de sus elementos, por más limitados o específicos que estos puedan resultar. Adquirirán sentido solo dentro del conjunto [.]. Los penalistas, se viene manteniendo tradicionalmente, investigan sobre el contenido de las leyes penales, pero una investigación vidente ha de dirigirse no a uno o unos pocos preceptos, sino a todo el Derecho --quiere decirse todo el conjunto normativo concernido-- y siempre en relación con los fines que la norma pretende. *No es útil la investigación que empuja a un subsistema en sentido contrario al sistema en que se inserta*».

¹¹Sobre dicho concepto, véase por ejemplo E. MORSELLI, «Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 48-1 (1995), pp. 265 y ss.; M. DURÁN MIGLIARDI, «Teorías absolutas de la pena: Origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho Penal actual», en *Revista de Filosofía*, 67 (2011), pp. 123 y ss.

¹²Por todos, véase L. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2010, *passim*.

¹³*Ibíd.*

¹⁴J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La investigación en el derecho penal», *cit.*, p. 17.

¹⁵J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La investigación en el derecho penal», *cit.*, p. 22.

¹⁶Sobre la evolución de tal expresión, véase por ejemplo E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 49 y ss.

¹⁷W. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 251.

¹⁸J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte general*, vol. I, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2004, p. 62.

[19](#)Cfr. F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general*, 8ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 140 y ss.

[20](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Proyecto docente*, Jerez, s/e, 1986, pp. 3-4.

[21](#)J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 160-161.

[22](#)De este modo, «el que quede convencido por la fundamentación de esa primera teoría, se adherirá a ella; el que no, o bien reducirá el ámbito de aplicación de la teoría por estimar que ha agrupado supuestos que no responden a las mismas características, o bien ampliará tal vez su alcance, dando entrada a nuevos casos de los que se piensa que deben recibir el mismo tratamiento que los primeramente agrupados, o bien establecerá una segunda teoría en virtud de la cual dará una nueva solución al grupo de casos dudosos, etc.» (E. GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1990, p. 159).

[23](#)Como señala E. GIMBERNAT ORDEIG, «el establecimiento de teorías permite que alguna de ellas pueda llegar a convertirse en dominante --sobre la base de la fuerza racional de convicción de su fundamentación--, y permite que de esta manera sepamos cuál es el tratamiento que recibe de hecho un grupo de casos, un tratamiento jurídico que tal vez sea falso, pero que ya conocemos (seguridad jurídica); también existe, pues, una seguridad jurídica basada en una opinión errónea, pero en cualquier caso es mejor que la inseguridad jurídica, pues ahí no sabemos siquiera qué es lo que sucede y, por ello, es mucho más difícil argumentar, percibir el alcance de la teoría y el razonamiento en que se basa, es posible controlar si se es consecuente con la teoría misma, si su aplicación a un caso concreto es, sobre la base de los presupuestos en que se apoya, correcta --por hallarse comprendido realmente dentro del sector que aquélla abarca-- o incorrecta --cuando se extiende a supuestos que caen fuera de su campo» («¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», *cit.*, p. 159).

[24](#)J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, *cit.*, pp. 171-172.

[25](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Proyecto docente*, *cit.*, pp. 5-6.

[26](#)F. MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, *passim*.

[27](#)En ese contexto, el enemigo es definido como no-persona, esto es, el «otro», a quien se excluye: «Es decir, aquel sujeto cuyos bienes, si son en cierto modo protegidos, desde luego no es por una razón de principio, esto es, porque sean suyos, sino por alguna razón pragmática, perfectamente susceptible de ser modificada» --J. M. SILVA SÁNCHEZ, «Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del *status personae*», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 09-01 (2007), p. 01:4--.

[28](#)M. CANCIO MELIÁ y G. JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003.

[29](#)Véase por ejemplo I. TÉBAR RUBIO-MANZANARES, «El "derecho penal del enemigo": de la teoría actual a la práctica represiva del "Nuevo Estado" franquista», en *Pasado y Memoria. Revista de Historia Contemporánea*, núm. 13 (2014), pp. 227 y ss.

[30](#)Al respecto, resultan especialmente ilustrativas las palabras de E. GIMBERNAT ORDEIG: «la diferencia entre disponer o no de una dogmática jurídicopenal desarrollada es la diferencia entre disponer de los mecanismos precisos para que la pena permanezca siempre bajo control y no sea aplicada más que en aquellos supuestos en que es verdaderamente necesaria para el mantenimiento de una convivencia social soportable, y perder el control sobre ese terrible medio de política social, pues la inseguridad conceptual incapacita, en primer lugar, para lograr formulaciones legales que abarquen todos y sólo los casos que se considera socialmente necesario reprimir, y trae consigo, en segundo lugar, que una vez puesto un tipo penal en el mundo inicie una marcha que se desconoce

adónde, por dónde y de qué manera va a llevar» («¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?», *cit.*, p. 160).

[31](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La Constitución penal. Los derechos de la libertad», en Capella Hernández (Coord.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Trotta, 2003, p. 357.

[32](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «El Derecho penal del Trabajo ¿una opción pertinente?», *Derecho Laboral, Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, nº 223, 2006, p. 510.

[33](#)A. GARCÍA-PABLOS, *Derecho penal. Introducción*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 1995, p. 389.

[34](#)J. L. DÍEZ-RIPOLLÉS, *Política Criminal y Derecho Penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, 2013, p. 47.

[35](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Sobre el sentido de la enseñanza del Derecho Penal», *Lección inaugural del Acto de Apertura del curso académico 2005-2006 de la Universidad de Cádiz*, Inédito.

[36](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Teoría del delito. Nuevos planteamientos. Acción», en Terradillos Basoco/De la Cuesta Aguado (coord.), *Cuestiones fundamentales del Derecho penal*, Universidad de Cádiz, 1998, p. 12.

[37](#)N. GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Universidad Castilla La Mancha, 1996, p. 97.

[38](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *La culpabilidad*, Indepac, 2002, p. 33.

[39](#)Véase S. MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, 1994, p. 24.

[40](#)A. BARATTA, «Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», *Capítulo Criminológico*, nº 15, 1987, p. 534.

[41](#)B. SCHÜNEMANN, «La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal», *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Uned, 2001, p. 648.

[42](#)Como indica a este respecto F. MUÑOZ CONDE (*Derecho penal y Control social*, Universidad de Cádiz, 1985, p. 26), «la teoría sistémica representa una descripción aséptica y tecnocrática del modo de funcionamiento del sistema, pero no una valoración y mucho menos una crítica del sistema mismo».

[43](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal», *RFDUC*, nº 63, 1981 p. 134.

[44](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Proyecto docente inédito*, Jerez, 1986, pp. 10-11.

[45](#)S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosh, 1976, pp. 325 y ss. Ni siquiera Kelsen (Teoría pura del Derecho, 16ª ed., Centro Editor de América latina, 1969, p. 43) mantiene que el Derecho penal agote sus dimensiones ontológicas en un sistema de normas, llegando incluso a afirmar que, desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas.

[46](#)W. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, (trad. Muñoz Conde y Arroyo Zapatero), Bosh, 1984, pp. 34 y ss.

[47](#)J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosh, 1992, p. 94.

- [48A.](#) GARCÍA-PABLOS, *Derecho penal. Introducción*, cit., p. 398.
- [49A.](#) GARCÍA-PABLOS, *Derecho penal. Introducción*, cit., p. 393.
- [50A.](#) GARCÍA-PABLOS, *Derecho penal. Introducción*, cit., p. 410.
- [51E.](#) GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene futuro la dogmática del Derecho penal?», *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, 1990, p. 190.
- [52J.](#) M. TERRADILLOS BASOCO, «La Constitución penal. Los derechos de la libertad», cit., p. 363.
- [53F.](#) MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1985, p. 130.
- [54A.](#) GARCÍA-PABLOS, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 228.
- [55F.](#) MUÑOZ CONDE./M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 2010, p. 187.
- [56L.](#) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, Colex, 2001, p. 154.
- [57F.](#) MUÑOZ CONDE./M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 188.
- [58C.](#) ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, (trad., introducción y notas de Muñoz Conde), PPU, 1972, p. 77.
- [59F.](#) MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, cit. p. 124.
- [60](#)GARCÍA-PABLOS, A., *Manual de criminología*, cit., pp. 669-670.
- [61J.](#) M. TERRADILLOS BASOCO, «La Constitución penal. Los derechos de la libertad», cit., p. 363.
- [62](#)Véase A. BARATTA, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, México, 1986, pp. 167-169.
- [63](#)Véase por todos F. BRICOLA, «Partecipazione e giustizia penale: le azione a tutela degli interessi collectivi», *Questione criminale*, nº 1, 1976, pp. 7 y ss.
- [64J.](#) M. terradillos basoco, *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*, AKAL, 1981, p. 170.
- [65A.](#) baratta, «Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal», *Nuevo Foro Penal*, nº 34, 1986, p. 435.
- [66L.](#) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, cit., p. 154.
- [67](#)Para H. ZIPF (*Introducción a la política criminal*, EDERSA, 1979, p. 3), la política criminal «...es un sector objetivamente delimitado de la Política jurídica general: es la Política jurídica en el ámbito criminal».
- [68M.](#) DELMAS-MARTY, *Modelos actuales de política criminal*, Madrid, 1986, p. 19.
- [69L.](#) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, cit., p. 38.
- [70](#)Véase J. M. TERRADILLOS BASOCO, «El Derecho penal del Trabajo ¿una opción pertinente?», cit., p. 510.

[71A.](#) BARATTA, «La política criminal y el Derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales», *Capítulo Criminológico*, Vol. 26, nº 2, 1998 p. 37.

[72H.](#) ZIPF, *Introducción a la política criminal*, cit., p. 9.

[73A.](#) GARCÍA-PABLOS, *Derecho penal. Introducción*, cit., p. 404.

[74H.](#) ZIPF, *Introducción a la política criminal*, cit., pp. 4-5.

[75J.](#) M. TERRADILLOS BASOCO, *Proyecto docente*, cit., p. 19.

[76](#)*Ibidem*.

[77F.](#) BRICOLA, «Rapporti tra dommatica e politica criminale», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1988, p. 234.

[78L.](#) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, cit., p. 33.

[79J.](#) M. TERRADILLOS BASOCO, «La protección del Estado en el Proyecto de Código Penal de 1992», *Revista del Foro Canario*, nº 89, 1994, p. 233.

[80J.](#) M. TERRADILLOS BASOCO, «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», *Nuevo Foro Penal*, 87 (2016), p. 29.

[81](#)Estas reflexiones son uno de los productos que contiene los resultados finales de la investigación «*Posibilidades y límites de una perspectiva de injusto material en los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos en el ordenamiento penal colombiano*». Investigadora principal, Diana Patricia Arias Holguín. Este proyecto fue aprobado en la Convocatoria CODI de investigación en Ciencias Sociales Humanas y Artes, año 2012, de la Universidad de Antioquia.

[82J.](#) M. TERRADILLOS BASOCO, «El Derecho penal de la globalización: Luces y sombras», en J. R. Capella Hernández (Coord.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Madrid, CGPJ, 1999, p. 190; J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Globalización, Administrativización y expansión del Derecho penal económico», en S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo (Dirs.), *La política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004, pp. 238-240.

[83J.](#) M. TERRADILLOS BASOCO, «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», *Nuevo Foro Penal*, 87 (2016), p. 20.

[84J.](#) M. TERRADILLOS BASOCO, «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», cit., p. 36.

[85J.](#) M. TERRADILLOS BASOCO, «Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal, función simbólica de la pena», en J. Bustos Ramírez (Dir.). *Pena y Estado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda, 1995.

[86](#)Cierto que las lecturas funcionalistas pueden ser idóneas para comprender el funcionamiento real del derecho penal, para interpretarlo, pero no pueden ser válidamente utilizadas por el legislador propio de un sistema democrático, ya que reducen el derecho penal a la categoría de instrumento garante de la eficacia de las decisiones políticas tomadas por el ejecutivo. (...). Urge recortar la desmesura alcanzada por la función simbólica, reivindicando conceptos estrictos de bien jurídico. Si ello no se logra, será, como viene siendo, un mero difusor de ideología, cuando la única ideología que puede difundir el derecho penal democrático es la de la libertad pluralista, la de la mínima

intervención, manejando de estos un concepto estricto, con suficiente contenido material (J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal, función simbólica de la pena», *cit.*, p. 22).

[87](#)Esto en alusión específica al trabajo de R. GARGARELLA, *De la Justicia Penal a la Justicia Social (Parte I)*, Material de lectura del Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política. Borrador para discusión. [#sdfootnote88anc" _mce_href="#sdfootnote88anc" name="sdfootnote88sym"88](#)Centro Nacional de Memoria Histórica. Una nación desplazada: informe nacional del desplazamiento forzado en Colombia, Bogotá, CNMH - UARIV, 2015, p. 18.

[89](#)G. P. LOPERA MESA, M., «La parte alta del cerro es para los pequeños mineros. Sobre la vigencia de un régimen minero especial para Marmato y su influencia en la construcción de territorialidad», *Revista Derecho del Estado*, 35 (2015), p. 103.

[90](#)J. D. GONZÁLEZ, D. SALCEDO y L. RANGEL, *Impactos en los derechos humanos de la implementación del Tratado de libre comercio entre Colombia y Canadá*. Medellín, Escuela Nacional Sindical, 2011.

[91](#)J. A. BRANDARIZ GARCÍA, *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea*. Madrid, Dikison. 2014, pp. 137-158.

[92](#)Al respecto, B. de S. SANTOS, «La ley y la construcción de una economía global para la solidaridad», en B. de S. Santos y C. Rodríguez Garavito (Eds.). *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*. Cuajimalpa, Anthropos, 2007. Un ejemplo de estas tensiones en el caso colombiano en D. P. ARIAS HOLGUÍN, G. GALINDO DELGADO, H. LONDOÑO BERRIO, «A propósito de las funciones simbólicas del sistema penal en tiempos de globalización neoliberal», *cit.*

[93](#)L. A. BECERRA PARDO, «Propuestas para recuperar la gobernanza del sector minero colombiano» en L. J. Garay (Dir.), *Minería en Colombia. Fundamentos para superar el modelo extractivista. Vol. i* (pp. 9-21), Bogotá, D. C.: Contraloría General de la República de Colombia, 2013, p. 185.

[94](#)El cual, no obstante, ha sido objeto de control constitucional.

[95](#)G. P. LOPERA MESA, «La parte alta del cerro es para los pequeños mineros», *cit.*, pp. 133-134.

[96](#)D. P. ARIAS HOLGUÍN, G. GALINDO DELGADO, H. LONDOÑO BERRIO, «A propósito de las funciones simbólicas del sistema penal en tiempos de globalización neoliberal», *cit.*

[97](#)Respecto al análisis del art. 338 del CP que regula lo atinente a la explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales, ver L. ROJAS ESCOBAR. «¿Qué se protege realmente con la criminalización de la minería ilegal en Colombia?» *Derecho penal contemporáneo* 43 (2013), pp. 149-184. Respecto a los arts. 333 y 338 del CP, que se proyectan sobre el sector minero, ver B. M. GONZÁLEZ ALDANA y J. A. MORALES SIERRA, «Normatividad penal y minería sin el cumplimiento de requisitos legales», en L. J. Garay (Dir.), *Minería en Colombia. Daños Ecológicos y socio-económicos y consideraciones sobre un modelo minero alternativo*. Vol. III, Bogotá, Imprenta Nacional, 2013, pp. 449 y ss.

[98](#)G. GALINDO DELGADO, «*Derecho penal y Sur Global: la obstrucción a vías públicas (art. 353A Código penal) como ejemplo*». Medellín, texto aprobado para su publicación en el año 2016 en la *Revista Estudios de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (2017). Además, es uno de los productos finales de la investigación «*Posibilidades y límites de una perspectiva de injusto material en los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos en el ordenamiento penal colombiano*». Investigadora principal, D. P. Arias Holguín.

[99](#)L. J. GARAY, «Globalización/localización, soberanía y gobernanza. A propósito del cambio

climático y el extractivismo minero», en L. J. Garay (Dir.), *Minería en Colombia. Fundamentos para superar el modelo extractivista. Vol. i*, Bogotá, Contraloría General de la República de Colombia, 2013, p. 19.

[100](#)J. D. GONZÁLEZ, D. SALCEDO y L. RANGEL (2011). *Impactos en los derechos humanos*, cit., p. 105.

[101](#)R. GARGARELLA, *De la Justicia Penal a la Justicia Social...*, cit.

[102](#)G. P. LOPERA MESA y D. P. ARIAS HOLGUÍN, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, 2010, p. 148.

[103](#)R. ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, ed. Atelier, Barcelona, 2003, p. 22.

[104](#)R. ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión del deber?*, cit.

[105](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Función simbólica...», cit.

[106](#)R. ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión del deber?*, cit., p. 75.

[107](#)R. ALCÁCER GUIRAO, «La protección del futuro y los daños cumulativos», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LIV, 2001, Madrid, 2003, p. 156., p. 156.

[108](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Trotta, 1995, p. 57.

[109](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Peligro abstracto y garantías penales», *Nuevo Foro Penal*, n. 62 (1999), pp. 67-94.

[110](#)S. SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, 2003, pp. 283-284.

[111](#)Sobre los rasgos de estos dos modelos y el control constitucional, G. P. LOPERA MESA, *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*, Cuadernos de investigación n.º. 16 (2004), Medellín, Universidad de EAFIT.

[112](#)La obra de referencia para analizar todo este periodo es la de A. SERRANO GÓMEZ, en colaboración con A. SERRANO MAÍLLO, *Historia de la criminología en España*, Madrid: Dykinson, 2007. Véanse también, A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de Criminología*, 5ª edic. Valencia: Tirant, 2014, pp. 487-491; S. REDONDO ILLESCAS y V. GARRIDO GENOVÉS, *Principios de criminología*, 4ª edic, Valencia: Tirant, 2013, pp. 85-86, 99-103, 117-118.

[113](#)En el año 1955 se crea en esa Universidad la Escuela de criminología, que en 1963 se convertirá en Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona.

[114](#)En 1899 Francisco Giner de los Ríos, catedrático de filosofía del derecho, creó en la Universidad de Madrid el Laboratorio de Criminología, que impartió dos cursos entre 1899 y 1900, y publicó unos Anales. El Laboratorio parece vincularse más tarde a la cátedra de Antropología criminal de esa misma Universidad, creada en 1901, y que ocupa inicialmente Félix Aramburu Zuloaga: entre 1935 y 1936 se publican tres números de la revista Trabajos del Laboratorio de criminología, bajo la dirección de Quintiliano Saldaña, titular asimismo de la cátedra de Antropología criminal. La Escuela de criminología se crea en 1903, siendo su primer director Rafael Salillas Panzano, médico y criminólogo. Aunque dirigida fundamentalmente a formar al nivel superior de los funcionarios de prisiones, también admitía a estudiantes universitarios, estando constituido su profesorado mayoritariamente por catedráticos de la Universidad de Madrid. Impartía cursos de dos años. Se suprime a fines de 1926. En 1932 se crea el Instituto de estudios penales, bajo el impulso de Luis

Jiménez de Asúa y José Antón Oneca, catedráticos de derecho penal, dependiente del ministerio de Justicia, y que sus impulsores consideran descendiente de la Escuela de Criminología. Nace con el propósito de extender su formación más allá de los funcionarios de prisiones. En 1935 se suprime el Instituto de estudios penales y se restablece la Escuela de criminología, y en 1936 se vuelve a suprimir la Escuela y se restablece el Instituto. En 1940, tras la guerra civil, se crea la Escuela de estudios penitenciarios, y se declaran extinguidos la Escuela de criminología y el Instituto de estudios penales. Datos obtenidos en su mayoría de SERRANO GÓMEZ, *La historia de la criminología en España*, cit., pp. 449-481.

[115](#)En lo que resta del artículo la primera vez que se mencione a un profesor universitario interviniente en el proceso de implantación de los estudios oficiales de criminología se aludirá a la disciplina o rama disciplinaria a la que se vinculó inicialmente en su actividad académica, sin perjuicio de que más adelante concentrara, o no, parte o toda su actividad en el ámbito de la criminología.

[116](#)Esta última desaparece algunos años después de la creación del Instituto andaluz interuniversitario de Criminología (IAIC), que tenía una sección en la Universidad de Córdoba.

[117](#)Al decir del *Libro blanco sobre el título de grado en Criminología*, 2008, inédito, p. 26, España se encontraba a principios del siglo XXI a la cabeza de los países europeos en número de estudiantes de criminología en términos relativos, egresando en torno a 1.500 alumnos cada año de estos estudios no oficiales.

[118](#)Pueden verse sus reflexiones sobre cuál es el *status* disciplinar de la criminología, muy decantadas hacia la sociología, y sobre cómo configurar las enseñanzas oficiales de criminología, en E. LAMO DE ESPINOSA, «La enseñanza de la sociología de la desviación en España», en R. BERGALLI (coord.) *El derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica. Homenaje al Prof. Renato Treves*, Barcelona: PPU. 1989, pp. 291-317.

[119](#)Información obtenida de diversas fuentes personales. Se puede ver una clara insinuación de las dificultades encontradas y de su origen en E. LAMO DE ESPINOSA, «La enseñanza de la sociología de la desviación en España», cit., p. 316.

[120](#)La iniciativa tiene su origen en un largo debate que tiene lugar durante el consejo de instituto del IAIC que se celebra en Antequera el 24 de junio de 1996. Bajo el punto del orden del día «Reforzamiento del título» se comenta en primer lugar el contenido de un manifiesto firmado por varios miles de personas que piden la transformación de los estudios de criminología en estudios oficiales, no dependientes de los institutos de criminología, y con la cualidad de diplomatura a corto plazo y licenciatura a medio plazo. Tras ese debate el consejo de instituto acuerda poner en marcha ese proceso de transformación, entrar en contacto a tales efectos con el ministerio y organizar una reunión de todos los directores de institutos de criminología en Málaga o Sevilla en septiembre. Asisten a la sesión Juan Terradillos Basoco, José Luis Díez-Ripollés, Borja Mapelli Caffarena, Horacio Roldán Barbero, Octavio García Pérez, Isabel Martínez González, catedráticos, o profesores titulares los tres últimos, de derecho penal, Fernando Aguiar González, filósofo y profesor investigador del Instituto de estudios sociales avanzados --IESA-CSIC--, y Rosa Barberet Havican, profesora visitante de criminología. Los alumnos del IAIC ya habían hecho llegar demandas semejantes anteriormente, como consta en el acta del consejo de instituto del IAIC de 18 de diciembre de 1995.

[121](#)Confirmaron su asistencia, además de los directores de las diferentes secciones del IAIC (Borja Mapelli Caffarena --US--, José Luis Díez-Ripollés --UMA--, Juan Terradillos Basoco --UCA--, Horacio Roldán Barbero --UCO-- y José Antonio Sáenz Cantero --UGR--), Manuel Cobo del Rosal (UCM), Antonio Beristain Ipiña (UPV), Luis González Guitián (USC), José María Escrivá Gregori (UB), Bernardo del Rosal Blasco (UA), Enrique Orts Berenguer (UV) y Cristina Rechea Alberola (UCLM). Todos ellos catedráticos o profesores titulares de derecho penal, salvo la última, catedrática de psicología básica.

- [122](#) Por su parte el IAIC crea ya una comisión en su seno para que vaya adelantando en la elaboración del plan de estudios, presidida por José Luis Díez-Ripollés y con representantes de las cinco secciones.
- [123](#) La FACE se había manifestado en enero de ese año de 1997, en una reunión con José Luis Díez-Ripollés en Málaga, muy favorable a la creación de un título oficial de criminología, preferiblemente de diplomado, y también se manifestó por escrito en el mismo sentido.
- [124](#) A ella sustituye en alguna reunión Andrea Giménez-Salinas Framis, profesora de derecho penal.
- [125](#) La propuesta reflejaba el acuerdo mayoritario de la comisión.
- [126](#) Esta asociación profesional, de acuerdo con la ESCCRI y la Sociedad canaria de Criminología, había presentado unilateralmente al Consejo de Universidades el 13 de junio de 1996 una propuesta de licenciatura en Criminología, con una duración de cuatro años, presentación que reitera a comienzos de 1997, y que tiene un escaso eco. En la reunión de Santiago de Compostela en ningún momento manifiestan su intención de retirar su plan de estudios, ya presentado, a favor del acabado de aprobar.
- [127](#) Ya había tratado inicialmente el tema en una reunión de 30 de abril de 1998.
- [128](#) Entre 1998 y 2001 los directores de instituto, singularmente el IAIC, realizan diversas gestiones ante los Rectores de la subcomisión urgiendo a que los trabajos se aceleren.
- [129](#) Una descripción y evaluación de las enmiendas presentadas se encuentra en A. SERRANO GÓMEZ, A. SERRANO MAÍLLO, «La paradoja del descubrimiento de la criminología en España. Un capítulo», en J. L. DÍEZ-RIPOLLÉS, C. ROMEO CASABONA, L. GRACIA MARTÍN, J. F. HIGUERA GUIMERÁ, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, 2002, pp. 1615 y ss. Los autores de las enmiendas nacidas en el departamento de derecho penal de la UNED informan de que pese a ser remitidas al rectorado de su universidad y por este a la Secretaría del Consejo de universidades, finalmente no se incluyeron en la relación general de enmiendas que se remitieron por este a las universidades. Véase *Ibídem*, pp. 1623, 1644.
- [130](#) Es de justicia destacar que en todo ese tiempo la FACE en especial ejerció una continua labor de presión sobre diferentes instancias ministeriales para que no se demorara más la aprobación del título.
- [131](#) La pretensión de que determinados títulos propios se consideraran equivalentes a la licenciatura oficial de segundo ciclo en criminología acaba siendo desestimada por el ministerio.
- [132](#) Las materias troncales incluidas en las directrices ministeriales son las mismas, y los descriptores de cada una de ellas prácticamente idénticos. Solo desaparecen de las directrices del ministerio dos asignaturas de Introducción a la psicología y a la sociología; además, dos materias troncales de derecho penal se refunden en una. Véase la propuesta aprobada por los directores de instituto y la FACE el 30 de mayo de 1997 en *Criminoticias*, nº 2, junio-septiembre 1997, p. 8.
- [133](#) Hay corrección de errores en el BOE de 30 de diciembre de 2004.
- [134](#) Inicialmente llegó a pensarse que el RD. 1272/2003, de 10 de octubre, de declaración de equivalencias de títulos españoles universitarios y no universitarios a títulos universitarios oficiales podría resultar de aplicación, pero finalmente quedó descartado.
- [135](#) A partir del año 2006-2007 se cerró la posibilidad de implantar nuevas titulaciones, dada la inminente aplicación del Espacio europeo de educación superior, y la necesaria acomodación de todas las enseñanzas universitarias a sus previsiones.

[136](#)Este Consejo sustituyó al Consejo de universidades entre el 7 de diciembre de 2003 al 5 de diciembre de 2009.

[137](#)Acuden 21 directivos, de ellos 15 profesores de derecho penal, dos profesores de psicología, uno de criminología, otro de derecho administrativo, y dos representantes de la FACE.

[138](#)De ellos 19 son profesores de derecho penal, dos profesores de psicología, una profesora de criminología, y dos representantes de la FACE.

[139](#)Este real decreto fue posteriormente modificado por RD 861/2010, de 2 de julio.

[140](#)De ellos al menos 23 son profesores de derecho penal.

[141](#)La universidad del País Vasco informa de que ya ha presentado una propuesta de grado en Criminología basada en los contenidos del libro blanco.

[142](#)Se descarta la denominación Grado en Criminología y Seguridad, adoptada en el libro blanco, por estar condicionada su elección por las posibilidades de aceptación en ese momento, antes del RD de 2007, de los estudios oficiales de criminología por el ministerio.

[143](#)De ellos al menos 21 son profesores de derecho penal.

[144](#)Un mes antes, en enero de 2009, ya se había enviado otra carta de protesta firmada por los presidentes de la SEIC, Gonzalo Escobar Marulanda, y la FACE, Antonio García Chazarra.

[145](#)Aluden también a estos dos retos, S. REDONDO ILLESCAS y V. GARRIDO GENOVÉS, *Principios de criminología*, ob. cit. pp. 125-126,

[146](#)Catedrático de Psiquiatría y Psicología Médica (jubilado) de la Universidad Complutense de Madrid, Ex-Director del Departamento de Psiquiatría de la UCM, Ex-Jefe del Departamento de Psiquiatría del Hospital Universitario Gregorio Marañón. Fue médico Forense y médico de la Armada. Ha formado decenas de psiquiatras que en la actualidad ocupan puestos de responsabilidad en el ámbito asistencial y de gestión y que se dedican a la actividad pericial.

[147](#)MUÑOZ CONDE F. «La Imputabilidad desde el punto de vista médico-psiquiátrico y jurídico-penal». Curso Nacional de Psiquiatría Forense y Criminología. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Mérida. Junio 1988.

[148](#)CANO VALERO, J., Tesis Doctoral: Psiquiatría y Jurisprudencia Penal Española: Años 1977-78 versus 1987-88. [#sdfootnote149anc"](#) [_mce_href="#sdfootnote149anc" name="sdfootnote149sym"149TERRADILLOS BASOCO J., «El tratamiento jurídico penal de la enajenación», en Manuel Cobo del Rosal \(Dir.\), *Comentarios a la Legislación Penal*. Madrid, 1985.](#)

[150](#)TERRADILLOS BASOCO J., *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*. Ediciones Akal SA, Madrid 1981.

[151](#)Mi eterno agradecimiento a aquella mujer. Mi deficiente memoria para los nombres ha facilitado la injusticia de que desapareciera el suyo, pero no he olvidado su persona ni su inestimable ayuda.

[152](#)FOUCAULT, M., *La verdad y las Formas Jurídicas*. Editorial Gedisa 1986.

[153](#)MICHEL FOUCAULT, *opus cit.*, p. 22.

[154](#)ANSELM VON FEUERBACH, Gaspar Hauser, *Un delito contra el alma del hombre*. Asociación Española de Neuropsiquiatría. Historia. Madrid 1997.

[155](#)ANSELM VON FEUERBACH, *opus cit.*, p. 72.

[156](#)Presidido el Tribunal por el Profesor Romero Palanco, Rector entonces de la Universidad de Cádiz y catedrático de Medicina Legal, al que igualmente debo gratitud por su apoyo a mi trabajo y por la deferencia de haber estado presente en aquel momento. Lamentando su precoz e inesperado fallecimiento.

[157](#)<https://sites.google.com/a/campusvirtualepl.org/prueba-2/>

[158](#)OLIVA RUIZ, E., ROBLES GARCÍA, E., *La expresión de la Criminología Clínica a través de la pericial criminológica*, IC Editorial. 2017.

[159](#)DESCARTES, R., *Discurso del Método*. 2ª Parte.

[160](#)*Los que enseñaron a muchos la justicia, brillaran como estrellas por toda la eternidad*. Daniel XII, 3.

[161](#)El *Bundesverfassungsgericht* de 24 de septiembre de 2003, se pronunció sobre el derecho al uso del velo en lugares públicos en virtud del art. 33 abs 2 GG, (*BVerfGE* 108, 282), e interpretó que la prohibición lesionaba la libertad de pensamiento del art. 4 abs 1 y 2 GG, puesto que llevar el velo en la enseñanza no supone un peligro para los compañeros de clase.

[162](#)Sobre la imposibilidad de aplicar las causas de justificación de legítima defensa y estado de necesidad en los supuestos de conflicto cultural se ha pronunciado VALERIUS, estimando que es más probable que estos casos exista un error cultural del autor sobre el derecho a la legítima defensa o al estado de necesidad. Cfr. VALERIUS BRIAN, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*. Duncker Humblot, Berlin, 2011, pp. 14 y 146. Sin embargo, este autor no acepta la posibilidad de que se pueda infringir la norma penal en nombre de la religión o la libertad ideológica, por lo que se trata de comportamientos siempre antijurídicos. Cfr. VALERIUS BRIAN, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, cit., pp. 168 y 169.

[163](#)Cfr. ESCUDERO ALDAY, R., «Tensiones conceptuales en el liberalismo y en el multiculturalismo», en *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008, p. 47. En contra de esta idea, reacio en general a la admisión de un derecho penal intercultural, O. HÖFFE, *Derecho intercultural*, Gedisa, Barcelona, p. 155.

[164](#)En cumplimiento de esta disposición, véase, en el ámbito boliviano, art. 4.d. *Ley de Deslinde Jurisdiccional*, nº 073, de 29 de diciembre de 2010, que dispone que: «Al momento de administrar e impartir justicia, las autoridades de las distintas jurisdicciones reconocidas constitucionalmente deben tomar en cuenta las diferentes identidades culturales del Estado Plurinacional»; en este sentido, *Sentencia Constitucional Plurinacional 0037/ 2013, 4 de enero de 2013*. Sentencia C-882/11, T-371/13.

[165](#)Es la única forma de promover un diálogo intercultural en proceso judicial al que se está obligado por el Convenio 169.

[166](#)Con ello se garantiza la salvaguarda del bien jurídico afectado.

[167](#)Habrà que valorar si el acusado es «fiel a sus tradiciones y costumbres y su ancestro cultural incide notablemente en su comportamiento», extremo que se ha de acreditar a través de informes forenses antropológicos. Sentencia T-496 de 1996. El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del autor observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos. Debe valorarse la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a que pertenece (ST-Corte Constitucional colombiana 1294/2005, 7 de diciembre).

[168](#)Sobre el error de comprensión: Sentencia T-496 de 1996, C-370, 2002.

[169](#)En casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, «la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable». Sentencia C-370-02, de 14 de mayo de 2002. Igualmente, VALERIUS estima apreciable el error de prohibición en supuestos de diferencias culturales, así por ejemplo defiende la aplicación del parágrafo 17 en los casos de error del autor culturalmente condicionado sobre la legítima defensa. El error sería evitable cuando el autor tiene capacidad individual para poder llegar a tener conocimiento de que su conducta es contraria al derecho e invencible cuando en función de su capacidad no se exige un deber de información. Cfr. VALERIUS BRIAN, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, cit., p. 186. Más discutible es apreciar el error de prohibición en los casos de «dudas» sobre la ilicitud. Al respecto es interesante la decisión de la *Ag Grevenbroich* de 24 septiembre 1982, citada por VALERIUS. Relata el Tribunal el caso en el que un ciudadano turco privó de libertad a su mujer durante un periodo de tiempo que no constituía delito en su país de origen. Ibid, p. 191. Ahora bien, dice VALERIUS, el hecho de que no sea delito en su país supone exclusivamente un serio indicio de la existencia de un error de prohibición, no de que éste sea invencible ya que el sujeto pudo llegar a saber que la privación de libertad de sus mujeres es antijurídica. En efecto, la *Ag Grevenbroich* mantuvo la culpabilidad del autor, puesto que si dudó sobre la ilicitud es que pudo llegar a tener conocimiento de que tal comportamiento era contrario a los intereses de la esposa y, en consecuencia, un delito. Cfr. VALERIUS BRIAN, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, cit., p. 191. El Tribunal argumentó que mientras en Alemania se es sensible a la igualdad entre hombres y mujeres, el acusado permanece en una sociedad patriarcal. Por tanto, aunque las circunstancias indican que el acusado no pudo llegar a tener conocimiento del injusto, se considera que incurrió en un error de prohibición vencible ya que el principio de igualdad es base del sistema legal y, al llevar dos años en el país, se tenía que haber informado. Cfr. VALERIUS BRIAN, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, cit., p. 192.

[170](#)Este es el planteamiento de JAKOBS, G., cuando sustenta la tesis contractualista en materia de confrontación cultural en el sentido de quién quiere vivir libre debe aceptar las condiciones de esa libertad. Cfr. Recensión al libro «*Kultur und Strafrecht*», Valerius B, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, V. I, número 159, 2012, p. 50.

[171](#)Cfr. CEREZO MIR, J., «La regulación del error culturalmente condicionado en el Código penal peruano», en *Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2007, pp. 107-108. Por el contrario, como solución de *lege ferenda* propone que al sujeto que obra conforme a costumbres profundamente arraigadas en su comunidad o con arreglo a pautas de su culturano le sea exigible la obediencia al Derecho o la exigibilidad estaba considerablemente disminuida. Cfr, p. 108.

[172](#)Cfr. MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideología y modelos penales*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 266. Esta autora propone una especie de excusa absolutoria para supuestos caracterizados por su irrelevancia penal, lo que denomina causa de no punibilidad cultural para el autor del delito culturalmente motivado, excluyendo, por supuesto, las inmunidades fundamentales ya citadas. En realidad, lo fácil es negar la responsabilidad penal cuando no existe bien jurídico (bigamia, incesto, juegos de azar), fin de protección de la norma (tráfico de drogas con finalidad terapéutica) o se actúa en el ejercicio de un derecho (burka), *op. cit.*, p. 273, lo difícil es asumir la igualdad de las diferencias y desde ese plano graduar la responsabilidad.

[173](#)Cfr., TORRES FERNÁNDEZ, E., *Identidad, Creencias y Orden penal: la eximente cultural*, AFDUAM 17, 2013, p. 442.

[174](#)Cfr. ROCA DE AGAPITO, L., «Delitos culturalmente motivados», en *Delitos y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*. Atelier, Barcelona, 2014, p. 205.

[175](#)Cfr. MONGE FERNÁNDEZ, A. *El extranjero frente al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 113. Es deplorable la creciente tendencia doctrinal que identifica el Islam con determinadas versiones sesgadas del Corán elaboradas por suníes y chiíes (rechazando la pluralidad de opiniones sobre el dogma religioso) o con el comportamiento de los talibanes en Afganistán, Pakistán, respecto al adulterio, el asesinato de la mujer violada, la lapidación, etc. Tales medidas no forman parte de la cultura islámica, no sólo contradicen el espíritu de una de las religiones monoteístas más tolerantes que han existido sino que se oponen al contenido de la Carta Árabe de Derechos Humanos de 1994.

[176](#)Como excepción puede citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, 24 de octubre de 2011, ARP 2011\1248, que aplica un error de prohibición invencible en un supuesto en el que dos ciudadanos rumanos (etnia gitana) que previamente se habían conocido en Rumania cuando ella tenía 12 años y él 19, antes de cumplir ella los trece años mantuvieron relaciones sexuales consentidas. El Tribunal estima que, si bien llegó a España en 2001 y ha trabajado en la recogida de naranja, hasta que se lo dijeron en Servicios Sociales no sabía que era constitutivo de delito mantener relaciones sexuales con una menor de trece años. En concreto, dice textualmente: «De lo que se trata es de valorar si el sujeto, en el específico contexto de su comportamiento, disponía de indicadores que le avisaban de la eventualidad del carácter delictivo de su conducta. Al efecto no parece razonable una exacerbación objetiva en clave de inderogable exigencia del deber de examinar el propio deber según el Derecho. Como no es aceptable la laxitud de una absoluta subjetivización. Y de todo ello, aun sin que pueda hablarse de una deficiente socialización por parte del sujeto, que relegue la norma prohibitiva a espacios, para él, de exotismo normativo, se deriva, en el entender de este Tribunal, que, el procesado, dadas las circunstancias del hecho y las condiciones psicológicas y de cultura del infractor y la realidad social de acusado y víctima, los dos pertenecientes a una cultura en la que las relaciones de este tipo son permitidas y toleradas, no solamente estaba incurso en error, sino que ni siquiera tenía motivos objetivos para dudar y, por ello, tal error, ausente de todo aviso, era para él invencible».

[177](#)Uno de los autores que más ha cuestionado la solución del error de comprensión como error de prohibición, es TERRADILLOS BASOCO, J., al estimar que «desconoce las diferencias estructurales que median entre quien compartiendo la generalidad del ensamblaje valorativo-jurídico, yerra sobre un aspecto concreto del mismo y quien se rige por pautas culturales globales distintas». Cfr. «Culpabilidad y prevención: anotaciones desde el Derecho español», en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin*, ed. Lerner, Córdoba (Argentina), 2001, p. 248. Tampoco admiten aquí el error de prohibición directo, JERICÓ OJER, L., *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, p. 575; MONGE FERNÁNDEZ, A., que opta por el error de prohibición indirecto, descartando el directo, dado que actúa bajo la falsa convicción de estar amparado por una causa de justificación. *El extranjero frente al derecho penal*, cit., p. 112; C. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, aunque propone la atenuación de la pena como alternativa. Cfr. *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 199-209; a su vez, la SAP Teruel 26/2001 de 15 de noviembre, (ARP 2011, 1364) niega la posibilidad de integrar los supuestos de error de comprensión en el error de prohibición: «Lo determinante en el error de prohibición es el conocimiento de la antijuridicidad, no el reconocimiento de la antijuridicidad por un sujeto, esto es, que el sujeto conozca que su conducta es antijurídica, no que la acepta como antijurídica (sin perjuicio de que determinadas situaciones, como las que resultan de la objeción de conciencia o situaciones de colisión entre derechos, para los que el ordenamiento prevé alternativas, merezcan otras soluciones dogmáticas)». Igualmente se opone a la aplicación del error de prohibición, la SAP Barcelona (Tol 3794002), 13/05/2013, n. 42/2013, cuando afirma que: «La pertenencia de las personas a las que se atribuyen tales prácticas a etnias o grupos culturales con deficiencias de integración social y asunción del bagaje cultural y valorativo de las sociedades europeas obligan a una cuidadosa, sosegada y ponderada valoración de la culpabilidad, partiendo de la alusión contenida en la propia Exposición de Motivos de la norma en cuanto al carácter injustificable de tales prácticas y que con rotundidad se proclama la inviabilidad de cualquier intento de fundamentar la justificación de estos deleznable comportamientos, sin que ello cierre definitivamente el planteamiento en sede de culpabilidad de sus autores cuando se constate un claro y manifiesto aislamiento cultural y social, apuntando la posible aplicación de las reglas del error de prohibición del art. 14.3 del Código Penal, lo cual no cabe postular si lo que hay no es tanto un

déficit cognitivo, de conocimiento de la antijuricidad, sino una falta de reconocimiento o asunción interna del contenido valorativo de la norma».

[178](#)Cfr. ZAFFARONI, E. R., *Manual de Derecho penal. Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, 1999, p. 549. Se conceptúa el error de comprensión culturalmente condicionado --cuando el individuo se ha desarrollado en una cultura distinta de la nuestra y ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura-- como un caso de conciencia disidente. Cfr., *op. cit.*, p. 550.

[179](#)En contra, HÖFFE, descarta al extranjero realmente exótico ya que, a su juicio, sencillamente no existe en el Derecho y en el caso de que existiera se podría exigir de él con toda razón, el reconocimiento de los correspondientes delitos. Cfr. *Derecho penal intercultural*, *cit.*, p. 155.

[180](#)Cfr. HURTADO POZO, J., [#sdfootnote181anc" _mce_href="#sdfootnote181anc" name="sdfootnote181sym"181](#)ZAFFARONI contesta a esta crítica aludiendo a que el artículo 34, tercer párrafo, 1 del Código Penal, prevé una medida de seguridad, reclusión en establecimiento adecuado hasta que desaparezcan las condiciones que le hacen peligroso. Cfr. ZAFFARONI, E. R., *Manual de Derecho penal. Parte General*, *cit.*, p. 551.

[182](#)Aclara VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, que esta causa de inimputabilidad por diversidad sociocultural concurre cuando por factores de raza, cultura, creencias políticas, entorno social, etc, se realiza «una conducta típica y antijurídica en situaciones de incapacidad de libre motivación». Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Sexta Edición. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá, 2014, p. 557. Sobre este asunto, C. A. BECERRA BECERRA, «La jurisdicción especial indígena y el derecho penal en Colombia: Entre el pluralismo jurídico y la autonomía relativa», *Revista El Otro Derecho*, 35, 2006, pp. 213 y ss.

[183](#)Llegando a afirmar que declarar inimputable por identidad cultural --diversidad socio-cultural-- puede significar la criminalización de la comunidad cultural. Es una forma de explicar que el delito se ha cometido por el «supuesto mal que lo aqueja, que no es otro que su diversidad cultural». Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-370-02, de 14 de mayo de 2002. Por esa razón, la Corte estimó que la expresión inimputabilidad por «*diversidad sociocultural*» del artículo 33 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal, únicamente satisface los criterios de constitucionalidad cuando se dan dos requisitos: 1. Que la inimputabilidad no se derive de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente, y 2, que en casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, debe eximirse de responsabilidad y no recurrir a la inimputabilidad. Por el contrario, declaró inconstitucional el número 4º del artículo 69 y el artículo 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal relativo a las medidas de seguridad y concretamente a la reintegración al medio cultural propio. El Tribunal consideró que se afectaba el principio de igualdad ya que tal medida no podría aplicarse a un extranjero no integrante de una comunidad (esto es, un extranjero no indígena o que no se integra en un grupo con autoridad propia reconocida por el Estado) puesto que no se podría reintegrar a su medio cultural. En tales ocasiones, no podría aplicarse la inimputabilidad porque no cabe, por el motivo expuesto, la medida de seguridad prevista por la ley. Sin embargo, sí es factible el error de prohibición cuando desconozca la prohibición y no haya podido llegar a conocerla y tampoco puede aplicarse el error de prohibición ya que no está previsto expresamente sino en el contexto de la inimputabilidad. Al declarar constitucional el concepto de inimputabilidad por razón socio-cultural e inconstitucional la medida de seguridad consistente en la reintegración a la comunidad cultural, estamos en presencia de un caso de responsabilidad penal sin consecuencias penales por lo que el inimputable puede permanecer en el ámbito cultural oficial sin que se le aplique la medida de seguridad.

[184](#)Piénsese que, también en el plano penal, la Sentencia nº C-139/96, declaró inconstitucionales los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890, que limitaban la diversidad étnica y la identidad cultural y empleaban términos humillantes como «salvajes», «reducción a la civilización», «indígena incapaz relativo». Además, esta fue la primera sentencia que reconoció la plena autonomía indígena.

[185](#)Véase Sentencia de la Corte Constitucional C-370-02, de 14 de mayo de 2002.

[186](#)No hay, en sentido estricto, ninguna alteración de la percepción en quién posee una cultura diferente.

[187](#)TERRADILLOS BASOCO, «Culpabilidad y prevención», *cit.*, p. 248.Posición que vuelve a defender en «Culpabilidad-Responsabilidad», [#sdfootnote188anc" _mce_href="#sdfootnote188anc" name="sdfootnote188sym"188](#)Prohibición establecida en el artículo 4 de la Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad cultural (2002), art. 2.1 Convención de la ONU sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, de 20 de octubre de 2005; art. 8.2 Convenio 169 OIT.

[189](#)Un argumento contrario a la graduación de la responsabilidad del culturalmente diferente se encuentra en la regulación independiente de delitos culturales. Si ya carece de sentido tipificar como delito autónomo la ablación del clítoris, al ser una modalidad del delito de lesiones, como arrebato de imperialismo cultural (principio de justicia universal) debe tildarse la reforma sufrida por la Ley Orgánica del Poder Judicial --art. 23.4, apartado g)--, al otorgar competencia jurisdiccional a los Tribunales españoles para conocer de los delitos relativos a la mutilación genital femenina siempre y cuando los responsables se encuentren en España. Esa idea de no admitir la atenuación o exención de la responsabilidad del culturalmente diferente se refuerza en la Exposición de Motivos de la ley 3/2005, de 8 de julio por la que se modifica el artículo 243.4, apartado g) de la LOPJ. En la misma se afirma que el hecho de que la mutilación sea considerada como parte de la cultura de un determinado país no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los derechos humanos. Por su parte, la LO 1/2015 ha castigado en el artículo 172 bis, el delito de matrimonio forzado. Con relación a esta figura, MAQUEDA ABREU ha expuesto lo absurdo de su regulación expresa ya que los tipos genéricos de coacciones o amenazas cumplían suficientemente la función de protección del bien jurídico, y denuncia que la pretensión de la reforma es «visibilizar a determinadas minorías étnicas como trasgresoras de un código cultural hegemónico a través de un mensaje de intolerancia que es conscientemente discriminatorio y estigmatizante». Cfr., MAQUEDA ABREU, M. L., «El nuevo delito de matrimonio forzado: art. 172 bis CP», en *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Código penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 544, 546.

[190](#)En este sentido, podrían contrariar el art. 9 del Convenio OIT.

[191](#)Como reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 835/2012, de 31 octubre, «sin duda uno de los factores más acusados de la sociedad actual, también de la española, es el alto grado de interculturalidad que presenta como consecuencia de las fuertes corrientes migratorias», admitiendo la coexistencia de grupos que proceden de otras culturas y tienen ritos y prácticas muy diferentes a los de los países de acogida.

[192](#)Ello no puede ser excusa para elaborar una teoría del «error de prohibición fundado en los factores culturales a los que pertenece el sujeto» (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 835/2012 de 31 octubre).

[193](#)En una manifestación de intransigencia, minusvalorando determinadas tradiciones, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 835/2012 de 31 octubre afirma rotundamente: «La ablación del clítoris no es cultura». Del mismo modo, cabe reprochar la alusión de cultura atrasada que emplea la Sentencia del Tribunal Supremo nº 651/2010, de 24 de junio de 2010. E igualmente censurable es la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1461/2005, de 25 de noviembre de 2005, al señalar que aunque las mujeres eran aparentemente libres «*de países muy diferentes que arrastran unos miedos y creencias propias de esas culturas más atrasadas...*». Puede comprobarse el parecido razonable entre estas sentencias de los Tribunales españoles y los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890 de Colombia.

[194](#)No se puede hablar de un Derecho penal Intercultural sin respeto a la identidad cultural ni puede exigirse que interiorice un catálogo de valores contrario a su cultura. Cfr. ESCUDERO ALDAY, «Tensiones conceptuales en el liberalismo y en el multiculturalismo», *cit.*, p. 47.

[195](#)En homenaje al Profesor Juan M. Terradillos Basoco, Maestro de juventudes, amigo y generoso benefactor del penalismo peruano.

[196](#)Cfr. Jonathan Simón, *Gobernar a través del delito*, Gedisa Editorial, México, 2011, pp. 31 y ss.

[197](#)Cfr. Mariela Balbi. Entrevista a José Luis Pérez Guadalupe. *Diario El Comercio*, edición del 14 de junio de 2015, p. A6.

[198](#)Cfr. Considerandos del Decreto Supremo N° 083-2015-PCM del 4 de diciembre de 2015.

[199](#)Cfr. Tatjana Hörnle, *Teorías de la pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2015, pp. 37 y ss.

[200](#)Wilson Hernández Breña, «Inseguridad Ciudadana. Estado de Inteligencia», *Diario El Comercio*, edición del 18 de diciembre de 2015, p. A 32.

[201](#)Cfr. Tomás Miklos-Edgra Jiménez y Margarita Arroyo, *Prospectiva, gobernabilidad y riesgo político*, editorial Limusa, México D.F. 2016, pp. 34 y ss.

[202](#)Cfr. Loïc Wacquant. E a Questao Penal no Capitalismo Neoliberal. Editora Revan. Rio de Janeiro. 2012, pp. 11 y ss.

[203](#)Cfr. José Luis DíEZ-RIPOLLÉS, *La Política Criminal en la Encrucijada*, editorial B de F. Buenos Aires, 200, p. 192.

[204](#)Cfr. Jock Young, *El Vértigo de la Modernidad Tardía*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2012, p. 45.

[205](#)Cfr. René Van Swaaningen, «Revirtiendo el giro punitivo», *Revista Derecho Penal*, Año I. N° 1. 2012, p. 270.

[206](#)Cfr. José Ángel Brandariz García, *El Gobierno de la Penalidad. La Complejidad de la Política Criminal Contemporánea*, Dykinson. Madrid. 2014.

[207](#)Cfr. José Luis Díez-Ripollés, *Delitos y Penas en España*, Catarata, Org. Madrid. 2015, p. 10.

[208](#)Manuel Portero Henares, «Derecho penal, Criminología y política criminal en la era del punitivismo», *Revista Penal*, n° 40, julio 2017, p. 196.

[209](#)Instituto Nacional de Estadística e Informática. Victimización en el Perú. 2010-2014. INEI. Lima. Julio 2015, p. 145.

[210](#)Cfr. Lourdes Fernández-Paolo Rivas, La percepción de inseguridad aumenta de 73% a 90% en los últimos años. *Diario El Comercio*, edición del 23 de junio de 2015, p. A 8.

[211](#)Ídem. p. A 8.

[212](#)Cfr. Jearsineo Ray Yarlaqué Montero, «Precisiones cualitativas y cuantitativas del Decreto Legislativo N° 1243 que incorpora la inhabilitación perpetua», *Actualidad Penal*, n° 31, enero 2017, p. 16.

[213](#)La Globalización de la Inseguridad: Trabajo negro, dinero sucio y política informal. Editorial Paidós. Buenos Aires. 2008, p. 193.

[214](#)Cfr. Artículo único de la Ley 30650 del 19 de agosto de 2017.

[215](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de

determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 63 (1981), pp. 123 y ss.

[216](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal, Madrid, 1981, pp. 173 y ss.

[217](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit.*, pp. 136 y ss.

[218](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit.*, p. 130.

[219](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit.*, pp. 129 y ss.

[220](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit.*, pp. 133 y ss., especialmente 136 y ss.

[221](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit.*, p. 136, y el mismo, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, *cit.*, p. 173.

[222](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, *cit.*, p. 173.

[223](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit.*, p. 137.

[224](#)Aquellas en las que «el impulso natural no desarrolla ningún papel», de carácter cualitativo, y las que se satisfacen por acumulación, de carácter cuantitativo, J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit.*, p. 138.

[225](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit.*, p. 139.

[226](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit.*, pp. 138 y ss.

[227](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit.*, p. 140.

[228](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, *cit.*, p. 173.

[229](#)M. POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974, p. 31.

[230](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit.*, pp. 141, el mismo, «*Peligrosidad social y Estado de Derecho*», *cit.*, pp. 173 y ss.

[231](#)F. GONZÁLEZ VICÉN, «El neokantismo jurídico axiológico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, (1986), pp. 277 y s.

[232](#)F. GONZÁLEZ VICÉN, «El neokantismo jurídico axiológico», *cit.*, p. 278.

[233](#)F. GONZÁLEZ VICÉN, «El neokantismo jurídico axiológico», *cit.*, p. 278.

[234](#)F. GONZÁLEZ VICÉN, «El neokantismo jurídico axiológico», *cit.*, pp. 253 y ss.

[235](#)F. GONZÁLEZ VICÉN, «El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea», escrito de 1950, recogido en F. GONZÁLEZ VICÉN, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, p. 139.

[236](#)F. GONZÁLEZ VICÉN, «El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea», *cit.*, p. 140.

[237](#)Para el preciso desarrollo de estas cuestiones, F. GONZÁLEZ VICÉN, «El neokantismo jurídico axiológico», *cit.*, pp. 278 y ss.

[238](#)Ampliamente sobre ello, F. GONZÁLEZ VICÉN, «La obediencia al Derecho», escrito de 1979, recogido en F. GONZÁLEZ VICÉN, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho, *cit.*, pp. 365 y ss., en particular, pp. 386 y ss.

[239](#)F. GONZÁLEZ VICÉN, «El neokantismo jurídico axiológico», *cit.*, pp. 280 y ss.

[240](#)Ampliamente, F. GONZÁLEZ VICÉN, «La crítica de Marx a la Escuela histórica», escrito de 1981, recogido en «*De Kant a Marx (Estudio de historia de las ideas)*», Fernando Torres, ed., Valencia, 1984, p. 193.

[241](#)Ampliamente, F. GONZÁLEZ VICÉN, «La crítica de Marx a la Escuela histórica», escrito de 1981, recogido en «*De Kant a Marx (Estudio de historia de las ideas)*», *cit.*, p. 190.

[242](#)F. GONZÁLEZ VICÉN, «La crítica de Marx a la Escuela histórica», *cit.*, pp. 200 y ss.

[243](#)F. GONZÁLEZ VICÉN, «La obediencia al Derecho», *cit.*, p. 374.

[244](#)J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado de democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traduc. por Jiménez Redondo, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2008, p. 328.

[245](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit.*, pp. 141 y ss.

[246](#)Sin embargo, señalando el sentido deontológico de las normas y el sentido teleológico de los valores y los distintos papeles de derechos y valores en la lógica de la argumentación, J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado de democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, *cit.*, pp. 328 y ss.

[247](#)J. BUSTOS RAMÍREZ, «Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)», *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense*, Madrid, 11 (1986), pp. 155 y ss.

[248](#)R. ALEXY, «¿Derechos humanos sin metafísica?», traduc. por E. R. Soderó, *Doxa*, 30 (2007), pp. 243 y ss.

[249](#)A. HONNETH, *La lucha por el reconocimiento*, traduc. por M. Ballesteró, Crítica, Barcelona, 2008, pp. 208 y ss.

[250](#)M. E. RODRÍGUEZ PALOP, *La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2010, pp. 165 y ss., 174 y ss. y 176.

[251](#)M. E. RODRÍGUEZ PALOP, *La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación*, *cit.*, pp. 388 y ss.

[252](#)M. E. RODRÍGUEZ PALOP, *La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación*, cit., pp. 393 y ss., 398 y ss. y 400.

[253](#)J. VOGEL, «Legislación penal y ciencia del Derecho penal (Reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal)», traduc. por Sánchez Lázaro / Mutschke, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 11 (2003), pp. 255 y ss.

[254](#)R. ALEXY, «¿Derechos humanos sin metafísica?», cit., pp. 243 y ss.

[255](#)J. VOGEL, «Legislación penal y ciencia del Derecho penal (Reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal)», cit., p. 260.

[256](#)J. TERRADILLOS BASOCO, «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», en *Nuevo Foro Penal*, 87 (2016), p. 18.

[257](#)Cfr. J. O. SOTOMAYOR ACOSTA, «El deterioro de la función de garantía del derecho penal actual», en F. Velásquez et. al. (Eds.), *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro Homenaje a Nódier Agudelo Betancur*, Bogotá, Ibáñez y otros, 2013, pp. 330-360.

[258](#)L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Vol. 2, Madrid, Trotta, 2011, p. 360. También, J. O. SOTOMAYOR ACOSTA y F. L. TAMAYO ARBOLEDA, «La "nueva cuestión penal" y los retos de una ciencia penal garantista», en *Nuevo Foro Penal*, 82 (2014), pp. 176-177.

[259](#)Cfr. sobre el garantismo penal, L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995; el mismo, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, 2ª edición, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016. Es sin embargo en *Principia Iuris*, cit., Vols. 1 y 2, donde Ferrajoli construye con carácter general su teoría jurídica garantista.

[260](#)L. FERRAJOLI, *Principia Iuris*, cit., Vol. 1, pp. 3-64; el mismo, L. FERRAJOLI, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011), pp. 24-28; L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal*, Madrid, Iustel, 2011, 19-46; y M. GASCÓN ABELLÁN, «La teoría general del garantismo: rasgos principales», en M. Carbonell y P. Salazar (Editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2005, pp. 21-39.

[261](#)L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., pp. 331-338; L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal*, cit., p. 176.

[262](#)L. FERRAJOLI, «Constitucionalismo principialista...», cit., p. 21. En este sentido, el garantismo coincide con el sistema jurídico de los modernos Estados constitucionales de Derecho, los cuales se caracterizan por disponer de una Constitución rígida, con un amplio catálogo de principios (y en particular de derechos fundamentales) con fuerza normativa vinculante susceptible de producir efectos jurídicos por sí mismos, y cuya vigencia se encuentra garantizada por un órgano jurisdiccional. Sobre el proceso de constitucionalización, véase sobre todo a R. GUASTINI, «La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano», en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 49-73.

[263](#)L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal*, cit., p. 33.

[264](#)L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal*, cit., p. 24.

[265](#)L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., Vol. 1, pp. 497-502.

[266](#)L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., Vol. 1, p. 14.

[267](#)L. FERRAJOLI, *Principia iuris, cit.*, Vol. 1, pp. 15-19.

[268](#)L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal, cit.*, p. 38.

[269](#)Veáse, L. FERRAJOLI, *Principia iuris, cit.*, Vol. 1, p. 16; L. GIANFORMAGGIO, «Derecho y razón entre ser y deber ser», en L. Gianformaggio (editora), *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, Bogotá, Temis, 2008, pp. 15-41; y L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal, cit.*, pp. 40-41.

[270](#)L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal, cit.*, p. 20.

[271](#)L. FERRAJOLI, *Principia iuris, cit.*, Vol. 1, pp. 31-36. La imposibilidad de reducir el garantismo a otra teoría del derecho la ha destacado L. GIANFORMAGGIO, «Derecho y razón entre ser y deber ser», *cit.*, pp. 15-17.

[272](#)El garantismo ha dado lugar a un amplio debate, tanto por parte del positivismo tradicional como de las concepciones (neo) constitucionalistas que parten de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral; véase, entre otros, las diferentes contribuciones recogidas en: L. GIANFORMAGGIO, (Editora), *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, Bogotá, Temis, 2008; M. CARBONELL y P. SALAZAR (Editores), *Garantismo, cit.*; así como los números 31 (2008) y 34 (2011) de *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*.

[273](#)L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal, cit.*, pp. 20-21.

[274](#)L. FERRAJOLI, *Derecho y razón, cit.*, p. 885.

[275](#)L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal, cit.*, pp. 26-27.

[276](#)Cfr. L. J. ARIZA y M. ITURRALDE, *Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y en América Latina*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2011, pp. 18 y ss.

[277](#)L. FERRAJOLI, *Principia iuris, cit.*, Vol. 2, p. 365, en general, pp. 361-366; también, en *Il paradigma garantista, cit.*, pp. 237-252.

[278](#)Cfr. por ejemplo, E. GARZÓN VALDÉS, «Las funciones del derecho en América Latina», en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 204; E. GARCÍA MÉNDEZ, *Autoritarismo y control social (Argentina-Uruguay-Chile)*, Buenos Aires, Hammurabi, 1987, pp. 231 a 243; J. O. SOTOMAYOR ACOSTA, «Garantismo y derecho penal en Colombia», en J. O. Sotomayor Acosta (Coordinador), *Garantismo y derecho penal*, Bogotá, Temis, 2006, pp. 104-106; y M. GARCÍA VILLEGAS y C. RODRÍGUEZ, «Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos», en M. García Villegas y C. Rodríguez (Editores), *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, Ilsa, 2003; y H. L. LONDOÑO BERRÍO, *Sistemas punitivos y derechos humanos. El caso de la Comuna 13 de Medellín-Colombia*, Medellín, Universidad de Antioquia y Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2016, pp. 1-41.

[279](#)Un análisis crítico de tales enfoques, en M. GARCÍA VILLEGAS y C. RODRÍGUEZ, «Derecho y sociedad en América Latina...», *cit.*, p. 42. Esta perspectiva explica --al menos en parte-- la cantidad de reformas legislativas penales producidas en Colombia en los últimos años, como se ha mostrado en J. O. SOTOMAYOR ACOSTA, «Las reformas penales en Colombia: entra la ineficacia y el autoritarismo», en G. M. Gallego García y González Ordovás, M. J., *Conflicto armado interno, derechos humanos e impunidad*, Bogotá, Siglo del Hombre y otros, 2011, pp. 235-268.

[280](#)M. GARCÍA VILLEGAS y C. RODRÍGUEZ, «Derecho y sociedad en América Latina...», *cit.*, pp. 15 y ss.

[281](#)Por todos, H. L. LONDOÑO BERRÍO, *Sistemas punitivos y derechos humano, cit.*, pp. 1-41.

[282](#)Cfr. M. GARCÍA VILLEGAS y C. RODRÍGUEZ, «Derecho y sociedad en América Latina...», *cit.*, pp. 38-46. Como estos autores han puesto igualmente de manifiesto (pp. 27-37), un análisis riguroso del derecho en América Latina muestra que las mencionadas características se remontan hasta la época colonial misma, pues ya en el derecho indiano se podía apreciar una disociación entre las pretensiones del poder colonial y sus posibilidades concretas de realización, que dio lugar a la fórmula salomónica del «se acata pero no se cumple». Recuérdese además, para citar un solo ejemplo, que el art. 188 de la Constitución de Cúcuta de 1821 dio plena validez a las Leyes de Indias.

[283](#)M. GARCÍA VILLEGAS y C. RODRÍGUEZ, «Derecho y sociedad en América Latina...», *cit.*, pp. 42.

[284](#)Cfr. M. GARCÍA VILLEGAS (Director), *Normas de papel. La cultura jurídica del incumplimiento de reglas*, Bogotá, Siglo del Hombre y Dejusticia, 2009, en particular, pp. 237 y ss. Según explican M. GARCÍA VILLEGAS y C. RODRÍGUEZ, «Derecho y sociedad en América Latina...», *cit.*, p. 43, ello no excluye, claro está, que con dichas normas se alcancen otros objetivos no declarados, pero se quiere destacar que en estos casos se trata de reformas producidas *principalmente* «para establecer una comunicación legitimadora entre las instituciones, de un lado, y los actores del campo jurídico y los ciudadanos en general, del otro, más que para satisfacer sus objetivos instrumentales declarados».

[285](#)M. GARCÍA VILLEGAS y C. RODRÍGUEZ, «Derecho y sociedad en América Latina...», *cit.*, p. 43. Sobre la cultura de la emergencia y la excepcionalidad en Colombia, véase, entre otros, a W. F. PÉREZ TORO, A. L. VANEGAS YEPES y C. M. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Estado de derecho y sistema penal (la emergencia permanente de la reacción penal en Colombia)*, Medellín, Díké e Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, 1997, pp. 53 y ss.; y M. ITURRALDE, *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*, Bogotá, Siglo del Hombre y otros, 2010.

[286](#)Por todos, A. APONTE, *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Bogotá, Ibáñez, 2006, pp. 222 y ss.

[287](#)Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, *cit.*, Vol. 1, p. 40.

[288](#)N. BOBBIO, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993, p. 148.

[289](#)L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, *cit.*, Vol. 1, p. 29.

[290](#)L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, *cit.*, Vol. 1, p. 14; M. GASCÓN ABELLÁN, «La teoría general del garantismo», *cit.*, pp. 30-33.

[291](#)L. FERRAJOLI y D. ZOLO, *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*, Barcelona, Ediciones 2001, 1980, p. 74.

[292](#)Entre las innumerables y muy valiosas contribuciones que mi querido amigo Juan Terradillos ha aportado a nuestra disciplina cabe destacar su preocupación por la problemática relacionada con la autoría, presente en todos sus estudios sobre el Derecho penal económico y de la empresa y, en particular, en todos sus trabajos sobre concretas figuras delictivas de la Parte especial. Dicha preocupación se ha plasmado también en su dilatada y fructífera tarea de gran maestro de sucesivas generaciones de penalistas, entre las que cabe destacar, como excelente botón de muestra, la tesis doctoral que, dirigida por él, presentó Iván Meini en el año 2002 (publicada en 2003 por la editorial Tirant lo Blanch, con Prólogo de Juan Terradillos), ante un tribunal del que tuve la satisfacción de formar parte. Gracias, querido Juan, por tus enseñanzas y por tu amistad.

[293](#)A. Kaufmann. *Filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p.

[294](#)R. Guastini. *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Gascón/Carbonell, (trad.), Universidad

Nacional Autónoma de México, 1999, p. 5; H. H. Jescheck/T. Weigend. *Tratado de derecho penal: parte general*. Olmedo Cardenete (trad.). 5. ed., Editorial Comares, Granada, 2002, §17.III.1.

[295](#)Esta ha sido una proclama de Terradillos Basoco. *Vid.*, solo, J. Terradillos Basoco, Juan. «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 63 (1981), pp. 125-149.

[296](#)F. D'Agostino, *Filosofía del derecho*. Rodríguez Iturbe (tra.) Temis/Universidad de La Sabana, Bogotá, 2007, p. 13. Próximo, C. S. Nino, *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, p. 66.

[297](#)Así, STC 5007-2005 HC/TC, fundamento 8.

[298](#)En el mismo sentido, C. S. Nino, *Introducción*, *cit.*, p. 247. También la STC Exp. 2758-2004-HC/TC, fundamento 8.

[299](#)STC 2488-2002 HC/TC, fundamentos 11 y 12.

[300](#)STC 0010-2002 PI/TC, fundamento 140.

[301](#)STC 0012-2006 PI/TC, fundamento 32.

[302](#)STC 6712-2005 HC/TC, de 17 de octubre de 2005.

[303](#)Con referencias, cfr. D'Agostini, *Filosofía del derecho*, *cit.*, p. 155.

[304](#)A. Ross, *Sobre el derecho y justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 2005, pp. 34 y ss.

[305](#)M. Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Palestra, Lima, 2004, p. 17.

[306](#)Así las Sentencias del Tribunal Constitucional Español 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3 y 137/1997 de 21 de julio, FJ 7.

[307](#)En este sentido, las STC 6712-2005 HC/TC, fundamento 10, STC 00728-2008-PHC/TC, de 13 de octubre de 2008.

[308](#)En ese sentido, G. Hirsch, «La jurisdicción en el Estado de derecho: entre la sujeción a la ley y la interpretación cuasilegislativa» (trad. Fix-Fierro), *ADCL*, 14 (2008), p. 132.

[309](#)G. Fiandaca/ E. Musco, *Derecho penal. Parte general*. Niño (trad.), Bogotá, Editorial Temis, 2006, p. 31.

[310](#)Como ha sostenido el Tribunal Supremo (Sentencia 91/2009, de 20 de abril de 2009 FJ 6): «son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico --una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante-- o axiológico --una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional-- conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, *imprevisibles* para sus destinatarios». *Cursivas añadidas*. En igual sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4; y, 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4.

[311](#)P. H. Robinson, *Principios distributivos del derecho penal: a quién debe sancionarse y en qué medida*. Cancio Meliá/Ortiz de Urbina (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2012.

[312](#)G. Hirsch, «La jurisdicción en el Estado de derecho: entre la sujeción a la ley y la interpretación cuasilegislativa», *cit.*, p. 131.

[313](#)J-M. Silva Sánchez. «Sobre la "interpretación" teleológica en Derecho Penal», en García Conlledo/García Amado (eds.), Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 376 y ss.

[314](#)Así también, G. Hirsch, «La jurisdicción en el Estado de derecho: entre la sujeción a la ley y la interpretación cuasilegislativa» *cit.*, pp. 130 y ss. Esto es particularmente importante para la actividad jurisdiccional, pues los jueces tienen que resolver aun cuando la ley guarde silencio u ofrezca una respuesta equivocada.

[315](#)J-M. Silva Sánchez. «Sobre la "interpretación" teleológica en Derecho Penal», *cit.*, p. 312.

ÍNDICE:

I. ESTUDIOS DE PARTE GENERAL

1. La investigación en Derecho penal

Investigar en derecho penal: las enseñanzas de un Maestro

Esther Hava García

Hacia una dogmática jurídico penal como sistema abierto

María José Rodríguez Mesa

Contexto, interdisciplinariedad y dogmática penal

Diana Patricia Arias Holguín

La implantación de los estudios oficiales de criminología en España

José Luis Díez-Ripollés

Derecho Penal y Psiquiatría. De cómo una psiquiatra se aventuró por el mundo penal y criminológico siguiendo al Prof. Terradillos

Julia Cano Valero

Diversidad cultural y Derecho penal

Guillermo Portilla Contreras

Reformas penales y gobernar a través del delito: el caso peruano

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Bienes jurídicos, valores y derechos: satisfacción de necesidades y lucha por el reconocimiento

Mercedes Alonso Álamo

Derecho penal y utopía garantista: una visión latinoamericana

Juan Oberto Sotomayor Acosta

Notas básicas sobre la autoría a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP español): Autoría y significado específico del hecho

Carlos Martínez-Buján Pérez

Sobre la interpretación en Derecho Penal

Iván Meini

2. Evolución histórica de la Ciencia del Derecho penal

Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura

Francisco Muñoz Conde

Metamorfosis del Derecho penal del Estado de Derecho

Eduardo Demetrio Crespo

La Ilustración hispana frente al encierro punitivo: la obra de Lardizábal en su discípulo Joseph Marcos Gutiérrez

Alejandro W. Slokar

1917: La Constitución del Estado social y democrático de derecho en México

Luis Arroyo Zapatero

3. Constitución y ley penal: la imposible convergencia

Exigencias normativas de legitimidad en la ley penal. Constitución y teoría de la legislación penal

Gloria González Agudelo

Los tipos de omisión impropia y el principio de legalidad estricta

Luis Fernando Niño

4. Política y Derecho penal en Europa

¿El Brexit es un reto para la política criminal de la Unión Europea?

María Acale Sánchez

El proceso de integración penal europea

José Luis de la Cuesta Arzamendi

Cultura política de la UE y racionalidades penales nacionales: Reflexiones sobre la penalidad migratoria

José Ángel Brandariz García

El paradigma de la privación de libertad de solicitantes de protección internacional en Europa: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. el Derecho de la Unión Europea

Esther Pomares Cintas

Abusos de mercado y Derecho penal: España e Italia frente al impulso europeo

Adán Nieto Martín

Luigi Foffani

5. Peligrosidad social y Estado de Derecho

A vueltas con el Derecho penal de la peligrosidad

Rafael Rebollo Vargas

Los disfraces de la peligrosidad (la pena del delito común contra la propiedad)

Raúl Zaffaroni

Los «anormales» y su discriminación penal

Nicolás García Rivas

6. Consecuencias jurídicas del delito

¿Penas o medidas?: del garantismo a la confusión

Mercedes García Arán

El castigo de la delincuencia económica y el riesgo de derecho penal de autor

Gonzalo Quintero Olivares

Nuevas tendencias penológicas: hacia la penología del control

Borja Mapelli Caffarena

La prisión permanente revisable: crónica de una derogación anunciada

María del Mar Martín Aragón

7. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

El órgano de cumplimiento en la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: indefiniciones y precisiones

Norberto J. de la Mata Barranco

La conveniencia de la responsabilidad penal de los partidos políticos

Joan Baucells Lladós

Sobre las inconcebibles naturaleza y función penales y sancionatorias de las erróneamente denominadas «penas», medidas de seguridad «penales» u otra especie de sanciones «penales» aplicables a personas jurídicas

Luis Gracia Martín

8. Justicia penal de transición, impunidad y memoria

Ley de Amnistía. Cuarenta años después

Araceli Manjón-Cabeza Olmeda

II. ESTUDIOS DE PARTE ESPECIAL

1. El Derecho penal de la Globalización

Violencia e impunidad: Examen al Estado

Arturo Ventura Püschel

Francisco Javier Álvarez García

La violencia como elemento del delito de rebelión

Miriam Cugat Mauri

Delimitación de las modalidades de conducta en el delito de atentado: el significado de agredir, acometer y oponer resistencia

María del Mar Carrasco Andrino

Francisco Javier Álvarez García

Actualizar la prohibición del genocidio y las masacres

Ramón Sáez Valcárcel

Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de Derechos Humanos en el marco del Derecho penal internacional

Ana Isabel Pérez Cepeda

Derecho penal y exclusión social. El «top manta» en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial

Margarita Martínez Escamilla

La protección penal del crédito después de la crisis económica

Hernán Hormazábal Malarée

La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis. Análisis jurisprudencial

Juan Muñoz Sánchez

Regulación del cannabis: aportes político-criminales para la construcción de alternativas al modelo prohibicionista de control de las drogas

Diego Silva Forné

2. Corrupción

Corrupción pública en Latinoamérica

Fabián Luis Riquert

Crimen organizado, corrupción y responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú

José Ugaz S. M.

El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la Administración pública y por soborno transnacional en el debate parlamentario argentino de 2017

Carlos Julio Lascano

Delito de «cohecho electoral»

Lorenzo Morillas Cueva

«Rendición de cuentas y transparencia» como instrumentos de lucha contra la corrupción de los partidos políticos

M^a José Rodríguez Puerta

3. Derecho penal económico y de la empresa

La protección penal del consumidor digital

Luis Ramón Ruiz Rodríguez

El fantasma del administrador de hecho y otras cuestiones fundamentales en los delitos societarios

José Manuel Ríos Corbacho

Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal colombiano

Fernando Velásquez Velásquez

Valoración de la vigente tutela penal de la propiedad intelectual tras la reforma del Código de 2015

Luis Rodríguez Moro

La vigencia de la categoría delito de cuello blanco cuando los delitos socioeconómicos se comenten en contextos normalizados

Laura Zúñiga Rodríguez

Estafa y fraude de subvenciones: una revisión de sus relaciones concursales

M^a del Carmen Gómez Rivero

¿Nueva alternativa a la pena en materia penal tributaria y previsional en Argentina?

Marcelo A. Riquert

Delito de defraudación tributaria y blanqueo de capitales. Reflexiones en supuestos de regularización tributaria con efectos penales

Fermín Morales Prats

El paralelismo procedimental en la persecución del delito de defraudación tributaria

Juan Carlos Ferré Olivé

4. Delitos patrimoniales

A vuelta con el principio de proporcionalidad, de «non bis in idem» y la multirreincidencia en el delito de hurto: Análisis de la STS 481/2017, de 28 de junio

Carmen Salinero Alonso

5. Derecho penal del trabajo

Contextualizando el «Derecho Penal del Trabajo»

Antonio Baylos Grau

El empresario, principal sujeto obligado a garantizar un medio de trabajo seguro y saludable

Joaquín Aparicio Tovar

¿Existió alguna vez un verdadero Derecho penal del trabajo?

Manuel Jesús Dolz Lago
Derecho penal del trabajo en Colombia
Alfonso Cadavid Quintero
Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa?
Eduardo Ramón Ribas
Pesca ilegal y contratación de trabajadores extranjeros: la Sentencia Varepi
Inma Valeije Álvarez
Proxenetismo lucrativo: ¿una modalidad diferente de explotación laboral?
Beatriz Cruz Márquez
A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?

Ignacio F. Benítez Ortúzar
El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo
Fernando Navarro Cardoso
¡Se acabaron las mayorías absolutas parlamentarias! Una crónica política hacia la descriminalización del ejercicio del derecho de huelga
Rosario de Vicente Martínez
La conducta típica del delito de coacciones a la huelga (art. 315.3 CP)
Bárbara San Millán Fernández
La técnica de tipificación y su relación con la aplicación de los delitos que protegen la vida y la salud de los trabajadores
Cristina Méndez Rodríguez
Disfunciones del sistema judicial en el ámbito penal de la siniestralidad laboral
María Revelles Carrasco
La siniestralidad laboral como delito: consecuencias aplicativas
Rosa M. Gallardo García
Siniestralidad laboral y responsabilidad penal por delitos contra la vida o la salud cometidos en comisión por omisión imprudente en el ámbito empresarial

Carmen López Peregrín
La incidencia de la «nueva» imprudencia menos grave en la siniestralidad laboral
M^a José Cuenca García

6. El delito de inmigración ilegal y la trata de personas

El CP español como paradigma del Derecho de la «crimigración»
Diego Boza Martínez
Reconocimiento del derecho de asilo en España a mujeres víctimas de violencia de género
María del Rosario Gómez López
Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres humanos
María Luisa Maqueda Abreu

7. Protección penal del medio ambiente: luces y sombras

La red para la protección ambiental en el Código penal tras la reforma de 2015: los resultados típicos
Paz M. de la Cuesta Aguado
El medio ambiente y la necesidad de coordinación policial como medio de investigación
Antonio Vercher Noguera
Incertidumbre científica y certeza jurídica. La plasmación del Principio --medioambiental-- de precaución en Derecho penal
Mariana N. Solari Merlo
Protección penal del medio ambiente en la Unión Europea. Luces y sombras
Maria Marquès i Banqué
Compliance ambiental: aspectos esenciales, a la luz de la reforma penal de LO 1/2015, de 30 de marzo

Elena M. Górriz Royo

8. Ideología y valores religiosos en el Código Penal

Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados

Patricia Laurenzo Copello

9. Terrorismo y Derecho

El terrorismo global yihadista: ¿Límites a un derecho penal exagerado?

Juan Carlos Campo Moreno

Reflexiones sobre el terrorismo: del terrorismo nacional al terrorismo global

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

La dimensión política del terrorismo

Carmen Lamarca Pérez

Terrorismo: entre el derecho penal y la seguridad nacional

Antonio M. Díaz Fernández

Contraterrorismo

José L. González Cussac

Inteligencia y contrainteligencia en Chile. El monopolio de la violencia estatal frente al terrorismo y sus distorsiones

Myrna Villegas Díaz

Cristian Parada Bustamante

Reflexiones actuales sobre la lucha contra el terrorismo

Miguel Ángel Núñez Paz

Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal

María Luisa Cuerda Arnau

Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»

Juan Carlos Carbonell Mateu

Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos «Cesar Strawberry» y «Cassandra Vera»

Fernando Miró Llinares

De la prevención del blanqueo de capitales a la de la financiación del terrorismo

Patricia Faraldo Cabana

III. ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL

La reparación de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el Derecho Penal

Octavio García Pérez

Sobre los altos tribunales y la «mística» de la inmediatez

Perfecto Andrés Ibáñez

Audiencias tempranas y justicia restaurativa en el campo penal juvenil en Costa Rica

Álvaro Burgos

Documento TOL6.932.364

Doctrina

Título: LIBER AMICORUM. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco

Autores: [Francisco Muñoz Conde](#), [Eduardo Demetrio Crespo](#), [Eduardo W. Slokar](#), [Luis Arroyo Zapatero](#)

Fecha: 11/2018

Número epígrafe: 2

Título epígrafe: Capítulo 2. Evolución histórica de la ciencia del derecho penal. Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura

TEXTO:

2. Evolución histórica de la Ciencia del Derecho penal

*Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura*¹

Francisco Muñoz Conde

« Non vi é libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di esser persona, e diventi cosa»

(Beccaria , *Degli delitti e delle pene*, cap. XX)

I. LA COLUMNA INFAME

Cuenta el gran escritor Alessandro Manzoni (1785/1873), nieto por cierto de Cesare Beccaria, en una breve narración destinada a formar parte de su inmortal novela «I promessi sposi», pero publicada luego como narración autónoma con el título de «Storia della colonna infame» (1842), que a principios del siglo XVII fueron ejecutados en Milán, tras serles amputada una mano, mutilados con tenazas candentes, quebrantados en la rueda y, por último, degollados, al cabo de seis horas de agonía, un barbero y un comisario de sanidad, acusados de haber propagado la peste que en aquel momento asolaba a los habitantes de dicha ciudad, esparciendo venenos y untando las paredes de las casas con un unto amarillo. La condena fue precedida de un juicio en el que naturalmente, según el modelo inquisitivo vigente en la época, los acusados fueron sometidos a crueles torturas, hasta que confesaron ser los autores de tales «maleficios» y, en consecuencia, de la propagación de la peste.

En conmemoración de tales sucesos se erigió en 1630 en la ciudad de Milán una columna con inscripciones en latín, de no mala redacción, según testimonio de un viajero inglés que llegó a verla en 1700, en la que se narraban estos hechos. La columna fue derribada poco después por el pueblo enfurecido como protesta por un proceder tan inhumano de la justicia. Manzoni utiliza este caso para demostrar no sólo la ignorancia y la superstición en la que se movían los Tribunales de Justicia de aquella época, sino también la inhumanidad y la brutalidad de un sistema probatorio como la tortura, que hacía confesarse culpables de graves crímenes inexistentes a personas totalmente inocentes.

Que, sin embargo, a este sistema bárbaro de obtención de prueba y de castigo que muchas veces acompañaba a la pena de muerte le quedaba todavía mucho para desaparecer, lo demuestra el espeluznante relato de la ejecución del regicida Damiens que recoge Foucault en las primeras páginas de su archiconocido ensayo «Vigilar y castigar», de las que como muestra se recoge aquí sólo el primer párrafo²:

« Damiens fue condenado, el 2 de marzo de 1757, a "pública retractación ante la puerta principal de la Iglesia de París", adonde debía ser "llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano"; después, "en dicha carreta, a la plaza de Grève, y sobre un cadalso que allí habrá sido levantado [deberán serle] atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en ésta el cuchillo con que cometió dicho parricidio, quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo

derretido, aceite hirviendo, pez resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento"».

A partir de este párrafo, la descripción que hace Foucault de esta ejecución es larga y no ahorra los detalles sobrecogedores del sufrimiento atroz a que fue sometido este pobre sujeto, pero puede obviarse aquí, por escabroso y por haberse reproducido ya en muchos lugares.

En España, todavía a finales del siglo XVIII, en plena época de la Revolución Francesa y de las Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, hubo una polémica en Sevilla entre el canónigo de la Catedral, Pedro de Castro, partidario acérrimo de la tortura, y el Fiscal de la Audiencia Juan Pablo Forner contrario a la misma, quien, sin embargo, prudentemente, como señala

Francisco Tomas y Valiente³, y para no levantar las sospechas de la Santa Inquisición, se abstiene de citar en su libelo autores de aquella época tan notoriamente contrarios a la tortura como Voltaire, Filangieri o el mismo Beccaria, lo que no es difícil de entender si se tiene en cuenta que en aquella época las «veleidades ilustradas» le habían costado el puesto al Asistente de la Ciudad de Sevilla, el ilustrado Pablo de Olavide, que estuvo por orden de la Inquisición algún tiempo preso. Pocos años antes (el 24 de agosto de 1781, en pleno reinado de ilustrado Rey Carlos III) había sido quemada en Auto de Fe en el Prado de San Sebastián de Sevilla, una beata de 45 años, ciega desde los doce, porque al parecer hacía afirmaciones (y las practicaba) como que si el cuerpo pecaba, pero el alma no consentía, no había en ello (es decir, en el acto sexual) pecado alguno. Y a tal efecto, se dejaba azotar desnuda por sus confesores, a los que seducía, habiendo también alguna sospecha de lesbianismo con otras monjas compañeras del convento.

II. LA OPINIÓN DE BECCARIA SOBRE LA ABOLICIÓN DE LA TORTURA: ¿HUMANISMO, JUSTICIA O UTILITARISMO?

En este contexto histórico, que se acaba someramente de describir, se publica la obra de Cesare Beccaria, «*Dei Delitti e delle Pene*» (1764)⁴. Y es en este contexto en el que hay que juzgar su aportación a la crítica del Derecho penal y procesal penal que había en su tiempo, que con razón, podríamos calificar con palabras de Giuseppe Bettiol, como «*un Diritto penale di sangue e di lacrime*».

En muchas ocasiones se ha acusado a Beccaria de falta de originalidad, de ser incluso un plagio de muchas de las ideas que exponían otros miembros de la famosa «Academia dei pugni», principalmente de los hermanos Verri, y de algunos famosos enciclopedistas y autores ilustrados de aquella época, como Montesquieu y Rousseau. Aun reconociendo la verdad en parte de estas afirmaciones, no cabe duda de que el principal mérito de Beccaria es haber sintetizado muchas de estas ideas, que él hizo suyas, en un breve opúsculo, redactado de forma sencilla y brillante, que ha conseguido mantener su vigencia durante dos siglos y medio, estableciendo las bases fundamentales de un Derecho penal liberal, humano y democrático.

También se acusa a Beccaria de utilizar en sus razonamientos argumentos puramente utilitaristas, sobre todo en lo que se refiere a la abolición de la pena de muerte. Es cierto que en Beccaria abundan este tipo de argumentos, no en vano su obra aparece en un momento en el que la Economía política surgía con vigor y era objeto de estudio y análisis como nunca lo había sido antes. Poco tiempo después de la aparición de la obra de Beccaria, se publicó la obra fundamental en esta materia de Adam Smith, «*La riqueza de las naciones*» (1776), y el mismo Beccaria fue profesor de Economía y funcionario encargado de cuestiones relacionadas con la economía. Es lógico, pues, que en sus críticas al sistema penal de su época utilizara argumentos utilitaristas, que son los que, en definitiva, conmueven más a los políticos y a los detentadores del poder que los argumentos humanitarios, pietistas o simplemente de Justicia. Desde este punto de vista la obra de Beccaria es más también un programa político criminal dirigido a las clases dirigentes de su época para convencerles de la necesidad de modificar el sistema penal entonces vigente, al que, por supuesto, critica también por su crueldad, su inhumanidad y su injusticia. En sus distintos capítulos se mueve entre los dos polos del sistema penal: la utilidad y necesidad de las penas, por un lado, y el humanitarismo y la justicia, por otro. Utilidad y Justicia, que, según Radbruch, son los dos polos entre los que tiene que moverse el sistema penal. Ello se ve claramente en Beccaria cuando se analizan los capítulos en los que se ocupa de la tortura y de la pena de muerte.

Ciertamente en el capítulo dedicado a la pena de muerte (XXVIII, de la edición que aquí se maneja) predominan los argumentos utilitaristas. Tras un razonamiento en el que siguiendo la teoría del contrato social se pregunta:

«¿Cómo puede pasarse del mínimo sacrificio de la libertad de cada uno al máximo de entre todos los bienes como es la vida?»

Y continúa diciendo:

«La pena de muerte no puede ser un derecho, sino una guerra de la nación con un ciudadano, porque se juzga necesaria y útil la destrucción de su ser. Pero si se demuestra que la muerte no es útil ni necesaria, habrá vencido la causa de la humanidad».

Y seguidamente añade dos motivos por los que considera que la pena de muerte puede ser útil y necesaria para salvar la «seguridad de la nación». Uno es de carácter político:

«La muerte de un ciudadano puede llegar a ser, por tanto, necesaria cuando la nación quiere recuperar o puede perder su libertad, o en tiempos de anarquía, cuando se cometan desórdenes fuera de las leyes».

El otro es un argumento puramente preventivo :

«Cuando la muerte fuese el único freno para disuadir a otros de la comisión de delitos, segundo motivo por el que puede creerse que la pena de muerte es justa y necesaria».

Es evidente que Beccaria aplica argumentos utilitarios que le llevan a admitir, si bien de forma excepcional, que la pena de muerte sea útil y necesaria, aunque desde el primer momento señala que nunca puede ser un derecho ofreciendo como alternativa a la misma la esclavitud, o lo que hoy entenderíamos como prisión perpetua. Algo que todavía hoy mantienen muchos penalistas que no

viene al caso citar en este momento. Tiene razón, por tanto, Thomas Vormbaum⁵ cuando considera que el razonamiento de Beccaria contra la pena de muerte está supeditado a una visión utilitarista de la misma, anteponiendo la «utilitas» y la «necesitas» por encima de la «iustitia».

Sin embargo, no me parece convincente que se critique a Beccaria por su argumentación utilitarista, cuando el máximo representante de la idea de la Justicia como imperativo categórico que debe dominar el Derecho penal por encima de cualquier utilitarismo, el filósofo idealista alemán Immanuel Kant, considera en su «Metaphysik der Sitten», que la pena de muerte también debe ser aplicada:

«Cuando, por ejemplo, un pueblo habitante de una isla decide separarse y dispersarse por todo el mundo ...»

En este caso dice Kant:

«El último asesino que se encontrase en prisión debería ser ajusticiado en primer lugar, para que todo el mundo lleve la pena de su conducta, y la sangre vertida no recaiga sobre el pueblo que no haya reclamado ese castigo, porque este pueblo podría entonces ser considerado como cómplice de esta violación pública de la justicia».

Algo que me parece tanto o más rechazable que las excepciones utilitaristas que admite Beccaria para su aplicación⁶.

En todo caso, por lo que se refiere al razonamiento de Beccaria en relación con la tortura (capítulo XVI de la edición que aquí se maneja), el rechazo que hace de la misma es total, sin ningún tipo de reservas o excepciones, y no sólo por razones puramente utilitaristas, sino también por razones humanistas y de Justicia. Tras un rechazo casi visceral a la práctica de la tortura, a la que califica como «una crueldad consagrada por el uso de la mayor parte de las naciones» y como una «infame perversión de la verdad», Beccaria expone las razones por las que la tortura debe ser abolida. Su punto de partida es que la tortura además de inhumana e injusta, es inútil y contraproducente para conseguir los fines que se le asignan. A diferencia de lo que sucede con la pena de muerte, Beccaria no admite ninguna excepción que pueda justificar la tortura en algún caso. Ni la «seguridad de las naciones», ni «la anarquía», ni el «desalentar a otros de la comisión de delitos», que son los motivos por los que excepcionalmente admite que pueda imponerse la pena de muerte, son invocados para justificar la tortura. Sin duda, podrá decirse que sus argumentos en favor de la abolición de la tortura son también utilitaristas, pero su utilitarismo es en este caso ingenuo, pues parte de unas premisas fácticas que desgraciadamente no coincide con la realidad. Como después veremos, la tortura existe y se emplea todavía hoy en día, de forma más o menos encubierta, aunque ilegalmente, no porque sea inútil, sino porque a pesar de todos los argumentos que expone en su contra Beccaria son muchos los que consideran que es útil y funciona bien tanto como instrumento de averiguación de los delitos, como de prevención y castigo de los mismos. Sin un rechazo ético y fundamentalmente humanitario, la tortura seguiría hoy en día existiendo en el sistema penal, e incluso como en la época de Beccaria, como un medio completamente legal. No me parece, por tanto, acertada la opinión de Kai Ambos,

quien en un artículo crítico y bastante despectivo respecto a la originalidad y honestidad de la obra de Beccaria, indica que «Beccaria rechaza la tortura principalmente por fundamentos utilitaristas y solo secundariamente por razones humanitarias»⁷ -.

En mi opinión esta crítica es injusta y desacertada tanto desde el punto de vista personal, como científico. Porque lo que no puede discutir Ambos ni nadie es que, en este caso, el utilitarismo que emplea Beccaria es siempre un utilitarismo en favor de la abolición de la tortura, nunca para admitirla. Y en esto creo que hay una diferencia esencial con el utilitarismo que emplea para admitir, excepcionalmente, por ejemplo, la pena de muerte. Si el utilitarismo sirve también para abolir prácticas tan aberrantes, crueles e inhumanas como la tortura, entonces Viva el utilitarismo, cualquiera que sea el sentimiento de humanidad y de justicia que esté detrás del mismo, que en el caso de Beccaria no hay por qué poner en duda. De la obra de Beccaria se pueden decir muchas cosas, que es poco original, que es más un panfleto político criminal de escaso nivel teórico que una profunda reflexión sobre el Derecho penal, etc; pero lo que no se puede decir en ningún caso es que Beccaria no esté completa y absolutamente en contra de la tortura. Sólo ya por eso merece nuestra consideración y respeto, sobre todo si se tiene en cuenta cómo se practicaba todavía en aquella época, sin ningún tipo de reparos y con toda la crueldad. Baste sólo recordar los casos que hemos citados anteriormente de «la columna infame», «el regicida Damiens» o «la beata de Sevilla» (*vid. supra* I), para comprender por qué la obra de Beccaria y su razonamiento en favor de la abolición de la tortura tuvo entonces un valor excepcional, y porque, como después veremos, sigueteniéndolo en la actualidad.

Varios son los argumentos que expone Beccaria en contra de la tortura. En primer lugar, tras calificarla con dureza como «una crueldad», la considera como una pena anticipada que se aplica a alguien cuando aún no se sabe si es o no el autor de un delito:

«¿Cuál es, por tanto, aquel derecho, si no es el de la fuerza que da el poder a un juez de imponer una pena a un ciudadano, mientras duda si es culpable o inocente?»

Tras este argumento, verdaderamente irrefutable, pues no cabe duda del carácter punitivo y doloroso que tiene la tortura, tanto más cuando aún no se sabe si el torturado ha cometido o no un delito, Beccaria aduce un segundo argumento que hoy en día constituye la base del « *nemo tenetur se ipsum accusare* », es decir, del derecho a no declarar, a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo. A este respecto dice Beccaria que la tortura convierte al acusado en acusador de sí mismo:

«Pero añado algo más, pues con ello se pretende confundir todas las relaciones al exigir que un hombre sea al mismo tiempo acusador y acusado».

Un tercer argumento de Beccaria en contra de la tortura es

«Que el dolor se convierta en el núcleo de la verdad, que el criterio de la misma resida en los músculos y en las fibras de un miserable. Esto es el medio seguro para absolver a los delincuentes robustos y de condenar a los débiles inocentes. Un criterio digno de un caníbal».

«Otro motivo "ridículo" (sic. literalmente) de la tortura es la purgación de la infamia». En este caso Beccaria alude a una visión casi mística y religiosa que considera que la única forma de purgar una infamia (es decir, un delito) es la tortura, para conseguir la confesión «como esencial para la condena». Una concepción, que para Beccaria, «*tendría un origen parecido al misterioso tribunal de la penitencia, la confesión de los pecados como parte esencial del sacramento*». Un argumento que demuestra la antipatía con la que Beccaria miraba la confusión entre delito y pecado y la nefasta influencia que el pensamiento religioso de la Iglesia católica, aun sin nombrarla, por ejemplo a través de la Inquisición, había tenido en la configuración del sistema punitivo estatal. No es extraño, por tanto, que la Iglesia católica, por esta y otras ideas que le afectan directamente, haya mantenido la obra de Beccaria en el Índice de libros prohibidos. El rechazo de la tortura como forma de «purgación de la infamia» es total, añadiendo al final del párrafo que dedica a este tema que:

«La tortura misma causa una real infamia en quien es su víctima. Por tanto con este método se repara la infamia con otra infamia».

Otro argumento contra la tortura es su equiparación a la Juicios de Dios, que en la Edad Media se llevaban a cabo para demostrar la inocencia del sospechoso de haber cometido un delito. Se le hacía poner la mano en el fuego o en el agua hirviente, y si no se quemaba, era inocente, y si se quemaba era culpable.

«La única diferencia entre la tortura y la prueba del fuego y del agua hirviente, es que el éxito de la primera parece depender de la voluntad del reo. Y el de la segunda de un hecho puramente físico y extrínseco: pero esta diferencia es sólo aparente, no real».

Pero en lo que coinciden ambas es que se busca la verdad a través del dolor, un medio inhumano y

cruel que incide más en el débil que en el fuerte y que, en todo caso, hace que los que no pueden soportarlo confiesen el delito, aún si haberlo cometido.

«Es superfluo --dice-- dar mayor claridad citando los innumerables ejemplos de inocentes que se confesaron culpables en los espasmos de la tortura».

Pero la inutilidad de la tortura se demuestra aún más, cuando, como indica Beccaria,

«No vale la confesión hecha durante la tortura si luego no es confirmada con el juramento tras haber cesado la misma y si el reo no confirma el delito de nuevo es torturado».

Es decir, primero se tortura para conseguir la confesión, pero si ésta no es ratificada con el juramento después de la tortura, se vuelve a torturar, y así hasta que se consigue que el torturado ratifique lo que ha dicho bajo tortura. Y aún más criticable es todavía que cuando el torturado ya se ha declarado culpable del delito que se le acusa, se le pueda seguir torturando para averiguar si ha cometido también otros:

« Tú eres reo de un delito, por tanto es posible que lo seas de otros cientos delitos; me pesa esta duda, y quiero asegurarme con mi criterio de la verdad: las leyes del tormento, porque eres reo, poder ser reo y porque quiero que sea reo».

Y, finalmente, aduce en contra de la tortura un argumento puramente utilitarista, cuando

«la tortura de un acusado para descubrir a los cómplices de su delito».

Pues, como dice seguidamente, no es *« justo atormentar a los hombres por los delitos de otros»*, mezclando un argumento utilitarista, más o menos discutible, con una profunda idea filosófica, la de que nadie puede ser torturado como medio para descubrir los delitos de otros.

En el razonamiento de Beccaria contra la tortura, del que aquí sólo se han seleccionado algunos párrafos, se alegan ciertamente motivos puramente utilitaristas, pero sobre la base de un profundo rechazo por razones humanitarias y de Justicia porque conculca la libre voluntad, la presunción de inocencia y el derecho a que el acusado no sea acusador de sí mismo. Pero si el razonamiento utilitarista puede ser, por razones fácticas, discutible, en la medida en que en la práctica se puedan conseguir determinados resultados positivos para la investigación y prevención del delito a través de la tortura, lo que lleva a Beccaria a rechazar la tortura es, en definitiva, su injusticia intrínseca, la violación que supone de derechos fundamentales como la libertad, la presunción de inocencia o el derecho a permanecer en silencio o a no declarar contra sí mismo, derechos fundamentales que se reconocen hoy como derechos humanos en la mayoría de las Constituciones y de las Declaraciones internacionales de Derechos humanos. Y, en definitiva, hacer valer, lo que dice, aunque sólo sea de paso, en el capítulo XX sobre la violencia, la frase con la que encabezamos este trabajo:

« No hay libertad cuando las leyes permiten que en algunos eventos el hombre deje de ser persona, y se convierte en cosa».

Este es también el gran mérito del razonamiento de Beccaria en el tema de la tortura. Lo que hay que preguntarse ahora es si hoy en día se puede mantener el mismo razonamiento y mantener la prohibición de la tortura, tal como hacía Beccaria hace ya 250 años, de un modo absoluto y sin excepciones. Y de esto me ocuparé en el epígrafe siguiente.

III. LA ACTUAL RELATIVIZACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA TORTURA

Ciertamente, con y sin Beccaria, antes y después de que apareciera su *«Dei delitti e delle pene»*, la práctica de la tortura, tanto como forma de castigo, como método de investigación, o como prevención de la comisión de un delito, ha sido una constante a través de los siglos, tal como se refleja en miles de documentos históricos, literarios y artísticos. Los castigos corporales y los tormentos que hoy nos producen horror eran una realidad cotidiana en la Administración de Justicia en los países que hoy presumen, sin embargo, de un pasado artístico y cultural de primera magnitud. Sólo el espíritu ilustrado que surge en el siglo XVIII, la desvinculación del Derecho natural del Derecho divino y su conceptualización como un puro producto de la razón humana, la elevación de la libertad, la igualdad y la fraternidad y posteriormente la dignidad humana a la categoría de valores supremos, fueron desterrando progresivamente del Ordenamiento jurídico penal codificado de los países más cultos y avanzados la tortura como instrumento de castigo y de investigación judicial.

Desde entonces la erradicación de la tortura ha ido ganando paulatinamente terreno hasta el punto de haber dado lugar a una Convención internacional, contra la tortura ratificada por la casi totalidad de los Estados integrantes de la Comunidad internacional, y que incluso en caso de Guerra la Convención de Ginebra de 1949, creadora del Derecho humanitario, también prohíba la tortura (apartado 1.a) y c) del artículo 3). En este sentido se puede decir que la tortura, a diferencia de lo que

sucede todavía con la pena de muerte, ha pasado definitivamente, al menos desde el punto de vista jurídico, al Museo de la Historia, y como tal es un tema de frecuente investigación entre los especialistas en Historia del Derecho.

Sin embargo, este panorama idílico de erradicación de la tortura en el ámbito jurídico nacional e internacional, no deja de ser una mera declaración de principios que confrontada con la realidad práctica se queda muchas veces, en unos países más que en otros, en una mera declaración retórica vacía de contenido. Pero lo más preocupante no es el abismo existente entre la prohibición jurídica de la tortura y su práctica frecuente como medio de investigación o incluso de castigo, sino que recientemente se estén elevando voces en el ámbito de la política, y también en el académico, que cada vez con mayor contundencia y claridad consideran que, en casos extremos (por supuesto), no debe excluirse completamente que se apliquen a los sospechosos medidas de coacción física (la psíquica casi se da por supuesto) para obtener alguna información valiosa que impida un atentado terrorista, o que pueda salvar a alguien en peligro inminente de muerte o de graves daños. Aunque para ello se aducen casos concretos, como el de la coacción física a un sospechoso de haber puesto o de saber dónde está puesta una bomba que puede explotar en cualquier momento en un lugar concurrido de personas (caso de las llamadas «ticking-bombs»); o a un sospechoso de haber secuestrado a un niño para que revele donde lo tiene escondido y así poder salvar su vida (caso «Daschner», en Alemania): la verdad es que de un modo más o menos explícito, y dada la creciente amenaza generalizada de ataques terroristas, se admite no sólo que el particular afectado directamente por la amenaza puede emplear la tortura, sino que sean los funcionarios del Estado los que puedan emplear medidas de coacción física, tratos crueles e inusuales, bajo una cobertura legal, o por lo menos con la promesa implícita de impunidad, considerando, con diversos argumentos, que el hecho estaría justificado o por lo menos exento de responsabilidad penal⁸.

Esta opinión se ha extendido recientemente sobre todo cuando, a raíz del atentado contra las Torres Gemelas de Nueva York el 11 de septiembre del 2001, las tropas americanas y sus aliados invadieron Afganistán, país en el que se presumía se entrenaban los terroristas; y luego Irak para derrocar el régimen tiránico de Saddam Hussein, con la alegación, que después se demostró falsa, de que éste disponía de «armas de destrucción masiva» dispuestas a ser lanzadas contra Estados Unidos, Israel y otros países del mundo occidental. Como consecuencia de estas guerras, muchos de los prisioneros habidos en ellas fueron conducidos a prisiones como la de Abu Ghraib, o la Base americana en Guantánamo (e incluso a prisiones secretas de países no revelados), en los que claramente y con pruebas fehacientes que así lo demuestran, fueron sometidos a tratos inhumanos, crueles y degradante, unas veces totalmente gratuitos, simplemente para diversión de los que los practicaban o como forma de humillación de los prisioneros; pero también a severos interrogatorios en los que se emplearon distintas formas de tortura para obtener información relevante en la lucha antiterrorista. Frente a eso, la Administración norteamericana del Presidente Bush no sólo admitió estos hechos, sino que de un modo u otro los ha justificado, o por lo menos asumido como algo inevitable e incluso necesario, sin que, salvo en alguna contada ocasión, se haya procedido contra los autores de tales prácticas.

Es evidente que con ello se relativiza la prohibición absoluta de la tortura, y a diferencia de lo que mantenía Beccaria y de lo que se dice en los textos jurídicos nacionales e internacionales, se admite, en algunos casos y en determinadas circunstancias, para obtener datos que puedan servir para prevenir la comisión de determinados delitos, o como un medio probatorio que puede conducir a una condena penal.

Todo este movimiento político a favor de la tortura ha ido acompañado en los últimos años, tanto en los Estados Unidos como en otros países, del desarrollo paralelo de un discurso tendente a justificar su utilización en algunos casos extremos y como una forma eficaz y admisible jurídicamente de luchar contra el terrorismo. Pionero en esta tendencia ha sido el Profesor de Derecho de la Universidad de Harvard, Alan Dershowitz. En el año 2001 y tras una gira de conferencias por Israel, Dershowitz dice que se sintió abrumado sin saber qué responder cuando le preguntaron su opinión sobre qué es lo que había que hacer cuando se detenía a un terrorista que había puesto una «bomba de relojería» («ticking-time-bomb») a punto de estallar y no se tenía otra forma de encontrarla y desactivarla que «sacándole» por la fuerza esa información. A partir de entonces y la vista de la reciente jurisprudencia creada por aquel entonces por el Tribunal Supremo de Israel en relación con la posibilidad emplear en los interrogatorios un «cierto grado de coerción física» para obtener información sobre posibles atentados terroristas, reflexionó posteriormente sobre el tema y a su vuelta a los Estados Unidos escribió un libro «Why terrorism works» (Yale University Press, 2004),

en el que llega a la conclusión de que un cierto grado de coerción, literalmente tortura controlada, puede ser admisible en algunos casos. El libro comienza con un ataque directo a la Convención de Ginebra y a la Convención internacional contra la tortura, a las que considera «más como un obstáculo, que como una forma de solución del problema», y propone claramente la práctica de una «tortura controlada» no directamente letal, y bajo la supervisión de un tribunal de justicia que diría hasta dónde se puede llegar. Igual que en la Inquisición. Lo que Beccaria decía irónicamente que requería de un matemático que midiera la intensidad del dolor en los músculos y huesos del torturado para saber cuál es su nivel de resistencia, Dershowitz lo asume sin el menor reparo. Naturalmente, también justifica los llamados «asesinatos selectivos» y otras formas más o menos contundentes para luchar eficazmente contra el terrorismo. En una palabra, para Dershowitz, el terrorismo funciona porque el Estado no sabe contraatacar con sus mismas armas, luego la solución es que el Estado actúe también contra los terroristas (o contra los que sospeche que puedan serlo) con las mismas armas de terror que éstos emplean contra él. Es decir, frente al terrorismo contra el Estado, el terrorismo de Estado. *Tertium non datur*.

Afortunadamente, su propuesta no ha sido muy bien recibida en los medios jurídicos académicos americanos y ha provocado muy agudas y fundadas críticas, de las que no podemos ocuparnos aquí en estos momentos ⁹. Pero es una buena muestra de cómo en algunos medios académicos americanos la «cruzada contra el terrorismo» enarbolada por el Presidente Bush (y en el caso de Dershowitz la sensación de continua amenaza terrorista islamista que se vive en Israel y que hoy se ha extendido a muchos países de la Unión europea) ha calado hondo y está encontrando eco en personas que objetivamente y en teoría deberían estar más a favor de los principios constitucionales y del respeto a los derechos humanos de lo que suele estarlo el ciudadano medio.

El argumento básico que se emplea para justificar la tortura en ciertos casos extremos es generalmente el *estado de necesidad*, el conflicto de deberes y la ponderación de los intereses en juego. No cabe duda de que los casos más extremos siempre serán objeto de discusión y difícilmente se llegará a un acuerdo, sobre todo si se analizan desde el prisma de la distinción tan cara a la Dogmática penal alemana entre Justificación y Exculpación, porque lo que desde el punto de vista individual puede llegar a constituir una causa de exculpación por miedo insuperable o cualquier otra causa de inexigibilidad que excepcionalmente impedirían reprocharle al sujeto la acción que realizara en una circunstancia tan extrema, pretende convertirse de forma general e incluso reconocida legalmente en una «licencia para matar» (o para torturar). Es como si la reacción humana y lógica del padre que se abalanza contra el asesino y violador de su hija pequeña intentando matarlo, la convirtiéramos en una especial causa de justificación reconocida expresamente en la ley que autorizara a todos los padres de los menores asesinados a que mataran o torturaran al asesino de sus hijos. En todo caso se trata de una paráfrasis que difícilmente puede ser trasplantada a los casos de tortura sistemática de los presuntos o reales terroristas, porque no se dan en este caso generalmente las razones de urgencia y la angustia personal que se da cuando el sujeto resulta directamente afectado, y porque la mayoría de las veces la tortura se produce de una forma rutinaria, como cualquier otra actividad que desarrolle profesionalmente el funcionario que la practica, que luego se va tranquilamente a su casa a ver la televisión, a departir cómodamente con su familia o comentar con sus amigos en el bar de la esquina los resultados del campeonato de baseball.

La reacción de rechazo que produce todavía en el ámbito jurídico europeo la posibilidad de admitir la tortura incluso en casos extremos, no es compartida por el Profesor Günther Jakobs, quien en un trabajo en el que defiende su conocida tesis de la necesidad de admitir junto a un Derecho penal con todas las limitaciones y garantías propias del Estado de Derecho, lo que él llama un «Derecho penal del enemigo» (*Feindstrafrecht*), en el que esas garantías quedarían sensiblemente reducidas o incluso eliminadas para conseguir la «seguridad cognitiva», en lo que se refiere a la tortura dice lo siguiente ¹⁰:

«C. Tortura?

Ciertamente puede ser necesario que la fuerza con la que se exige el cumplimiento de las obligaciones se convierta de entrada en algo que se puede llamar tortura, un modo de actuar que despersonaliza al sujeto pasivo de la tortura. Éste sería el ámbito de la relación con el enemigo. Un Estado que admite que se debe derribar un avión con ocupantes inocentes no puede conceder todas las garantías del Estado de Derecho a los culpables. En otras palabras, las víctimas potenciales del derribo tienen una pretensión legítima frente al Estado a que éste intente evitar con todos los medios que se llegue a esta situación de necesidad. Todavía una vez más, con otras palabras, en Derecho

existe una prohibición absoluta de la tortura, que es el contenido conceptual puro y simple del Derecho; pero el problema se plantea de modo diverso, es decir, en los siguientes términos: si el Estado puede permanecer en Derecho siempre y frente a todos».

Lo menos que se puede decir de este párrafo de Jakobs es que es ambiguo. Desde luego si se mira su afirmación desde el punto de vista del trato que reciben los presos de Guantánamo y de las tácticas en los interrogatorios que practican algunos agentes de sus servicios secretos o militares con los sospechosos de terrorismo, no cabe duda de que el Estado más poderoso militarmente del mundo no permanece precisamente en este caso en el ámbito del Derecho. Más bien sucede lo contrario, Con ello se coloca en la situación de un «Estado de No Derecho». En Alemania se emplea la expresión «Unrechtsstaat», para denominar al Estado creado por el régimen nazi en 1933 y que se prolongó hasta su derrota en 1945. Las consecuencias que produjo ese Estado para su propio país, y para otras naciones del mundo, son conocidas: la Segunda Guerra Mundial, con sus casi cincuenta millones de muertos, los horrores de los campos de exterminio, el Holocausto y el exterminio de millones de personas. Y estas consecuencias que todavía hoy están en la memoria de todos nos deben llevar a reflexionar un poco más detenidamente sobre qué es lo que se quiere decir cuando se afirma que «el Estado no siempre se atiene o permanece en el Derecho». Si se trata de la descripción de una realidad, Guantánamo es, desde luego, un ejemplo viviente y lacerante de este modelo de Estado, como lo fueron en su día Auschwitz o Birkenau, y como lo son tantas y tantas otras atrocidades que se han cometido en el mundo en nombre de la Razón de Estado. Pero si de lo que se trata es de justificar todo lo que el Estado considere conveniente, útil o funcional para sus intereses, sin ningún tipo de límites o referencias valorativas, para conseguir la «seguridad cognitiva», que otros llaman «seguridad nacional» o «políticas securativas», entonces se debe decir claramente que el Estado de Derecho deja de serlo para convertirse en un Estado de No Derecho, y que el Derecho penal del Estado de Derecho con todas sus garantías deja entonces el paso libre a un Derecho penal del enemigo con muy pocas o sin ninguna garantía, asumiendo claramente las consecuencias que de todo ello se deriven.

Este es el peligro que, en el fondo, siempre anida en cualquier construcción jurídica teórica que pretendiendo ser meramente descriptiva, puede terminar prescindiendo de cualquier referencia valorativa mínimamente humanitaria, como es la prohibición de la tortura, y justificar desde una perspectiva funcionalista cualquier exceso que se cometa en nombre de la Razón de Estado. Algo que desde luego, por lo que se refiere a la tortura, Beccaria nunca hizo. Desde luego si algo demuestra la Historia y particularmente la Historia del Derecho es que la cultura y la más refinada técnica jurídica no siempre son incompatibles con la más cruel barbarie. Ciertamente los juristas, como los intelectuales en general, no pueden impedir la barbarie, pero si negarse a justificarla, o a presentarla como una exigencia de la razón. A veces, como reza el título del famoso aguafuerte de Goya, «el sueño de la razón produce monstruos» ¹¹.

IV. CONCLUSIÓN FINAL

En este breve trabajo me he ocupado fundamentalmente de la actualidad del razonamiento de Beccaria contra la tortura, Pero sería injusto reducir todo el discurso de Beccaria a la abolición sin excepción de la tortura, y, con algunas excepciones, de la pena de muerte. Quiero también destacar aquí, aunque sea sólo de forma breve, la importancia de la obra de Beccaria en la evolución del Derecho penal del «*ancien régime*» hacia un Derecho penal liberal, más humano y justo, respetuoso con los derechos fundamentales del acusado o del delincuente. En su obra hay muchas afirmaciones que son hoy de plena actualidad y constituyen las bases del Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho. En toda ella hay continuas invocaciones al principio de legalidad, a la separación de poderes, a las garantías procesales y materiales del acusado, a la humanización, suavidad (*dolcezza*) y proporcionalidad de las penas, a la libertad y a la dignidad humana, que no pueden considerarse como ideas puramente utilitaristas, sustituibles por otras, según convenga en cada momento histórico; sino que reflejan profundas convicciones de Justicia, de las que creo Cesare Beccaria estaba plenamente convencido. Todo ello fue lo que hizo que en aquel momento la primera edición de su fundamental obra tuviera que publicarse de forma anónima, que la Iglesia católica la incluyera en el Índice de libros prohibidos y que en muchos países, como España, fuera prohibida muchos años su publicación, hasta el punto que su primer traductor español (Juan Antonio de las Casas) tuvo que poner una nota aclaratoria en la que advertía que no estaba de acuerdo con las ideas que se vertían en el libro. Y todo eso es lo que, paradójicamente, le sigue dando plena actualidad y vigencia en nuestros días.

No tengo tiempo para ocuparme de otras muchas cuestiones de actualidad que se encuentran en la

obra de Beccaria ¹²—. Sólo quiero como conclusión recordar las palabras finales con que concluye «Dei delitti e delle pene», que hoy por hoy, independientemente de cualquier valoración que se pueda hacer de su obra en otros aspectos, tienen, a mi juicio, plena vigencia:

« De cuanto se ha visto hasta ahora puede deducirse un teorema general muy útil, pero poco conforme al uso legislativo más ordinario de las naciones: Para que la pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano particular, ésta debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la mínima de las posibilidades en las circunstancias, proporcionada a los delitos y fijada legalmente».

Metamorfosis del Derecho penal del Estado de Derecho *

Eduardo Demetrio Crespo

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Castilla-La Mancha

I. INTRODUCCIÓN

Este breve artículo --dedicado con todo afecto al Prof. Dr. Dr. h. c. Juan M^a Terradillos Basoco con motivo de su septuagésimo cumpleaños-- trata sobre el modelo de Derecho penal del Estado de Derecho y la fuerte crisis que sufre en la actualidad. En mi opinión, se pueden identificar al menos cuatro áreas en las que se manifiesta la mencionada crisis, tales como el auge del retribucionismo, la erosión misma del pensamiento garantista, el tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, y la expansión/banalización del Derecho penal. El homenajeado se ha ocupado con brillantez de buena parte de estos problemas ¹³.

II. GARANTISMO COMO MODELO DE DESLEGITIMACIÓN

Quisiera comenzar señalando algunas ideas clave acerca de lo que se entiende por modelo garantista de Derecho penal. Para ello, nada mejor que releer la aproximación que hace Luis Prieto --en su brillante compendio sobre *Garantismo y Derecho Penal*-- ¹⁴ al pensamiento de Luigi Ferrajoli ¹⁵ ¹⁶ ¹⁷ ¹⁸, máximo exponente de esta construcción sistemática que bebe en origen de Cesare Beccaria ¹⁹—. Frente a la apuesta del garantismo por un derecho penal mínimo a partir de la recuperación de los postulados de la Ilustración jurídica, se alza hoy en la teoría y en la praxis un modelo de Derecho penal que no representa (en palabras de Ferrajoli) «la ley del más débil» ¹⁹, sino una indisimulada exhibición de fuerza. Curiosamente a esta «exhibición» contribuimos y, en cierto modo, servimos también los penalistas a través de nuestras teorías de la justificación del castigo, en cuyo marco se constata una revivificación y hasta florecimiento de viejos y nuevos argumentos retribucionistas ²⁰—. Frente a las demás teorías legitimadoras del castigo e incluso frente a la propuesta del derecho penal mínimo del garantismo, bien que con las diferencias a las que luego nos referiremos, se alzan las teorías abolicionistas, con las que es posible buscar un punto de contacto: lo deseable sería que los conflictos pudieran solucionarse con algo mejor que el Derecho penal ²¹. Ahora bien, ante la constatación de que para ordenar la convivencia y evitar o prevenir, no solo los delitos, sino --como bien subraya Ferrajoli-- también las penas desproporcionadas y la venganza privada, no parece posible hoy por hoy renunciar a él, cabría argumentar acerca, no ya de un «derecho a castigar», sino de un Derecho penal inevitable y en todo caso mínimo, sujeto a unos límites rigurosos. Solo un Derecho penal de esta especie podría considerarse válido en el Estado constitucional de Derecho, en el que por definición el propio legislador está sujeto a límites muy concretos que resultan de la minimización de la violencia estatal y la búsqueda de la paz ²², cuyo fundamento último radica en la protección de los Derechos Humanos de todas las personas ²³.

Como el abolicionismo, *el garantismo es una teoría crítica*, dado que su punto de partida no es la legitimación, sino la deslegitimación del Derecho penal ²⁴. Ahora bien, no lo es en igual medida que aquel, ya que el garantismo se conforma con un «Derecho penal mínimo» y no aboga por su desaparición, al tiempo que se preocupa por la respuesta que debe darse a los nuevos fenómenos de criminalidad. El garantismo penal se presenta en primera línea como un *modelo --hoy irreconocible en la práctica-- de deslegitimación* del Derecho penal. Frente al Derecho penal entendido como encarnación perfecta del Leviatán del Estado, el garantismo postula un ejercicio del poder punitivo sometido a límites que tienen como objetivo preservar las garantías jurídicas ²⁵.

III. NIVELES INTERNOS EN LA DEFINICIÓN DE GARANTISMO

Se pueden distinguir al menos tres niveles internos dentro de la definición de «garantismo» y, a su

vez, del «garantismo penal», a saber, el de la filosofía política, el de la ciencia del derecho y la dogmática jurídica, y finalmente, el de la teoría y práctica del derecho ²⁶. Metodológicamente, siguiendo la caracterización de Prieto, se le pueden atribuir al menos las siguientes notas: adopta un punto de vista externo y crítico frente a lo realmente existente, parte de la separación positivista entre derecho y moral ²⁷ así como de la concepción contractualista del Estado y las instituciones, carece de una justificación propia o autopoética y aspira a conjugar la máxima autodeterminación de las mayorías con la máxima protección de las minorías ²⁸.

Por lo que aquí interesa, el «garantismo penal» es, en primer lugar, una *filosofía del Derecho penal* que propugna la minimización de la violencia estatal y por ende del propio Derecho penal. Este presupuesto tiene diversas consecuencias que no pueden perderse de vista cuando se trata de examinar el rendimiento de esta concepción para abordar los retos a los que se enfrenta el Derecho penal en nuestro tiempo, marcado en todo caso por multitud de contradicciones difíciles de aprehender con la terminología de la que nos valíamos hasta ahora ²⁹. Podemos indicar al menos las siguientes: a) La pena representa un mal que no pierde en ningún momento un fondo de ilegitimidad ³⁰, único modo de percibir que justamente por ello es preciso justificarlo al máximo en el caso de que se considere necesario o imprescindible para la convivencia acudir al mismo; b) No se suministra una legitimación apriorística del castigo, sino que se parte de la distinción metodológica entre el plano descriptivo del ser y el prescriptivo o axiológico del deber ser ³¹; c) La justificación de la intervención penal no se elabora en ningún caso circularmente por la infracción de lo prohibido sino que responde a parámetros ético-políticos exteriores al propio derecho; d) Sin perjuicio de acoger, como no podía ser de otro modo, el aspecto liberal del retribucionismo como respuesta a la *pregunta de cuándo castigar* de acuerdo al principio *nulla poena sine crimine*, el sentido (fin) de la pena no se agota en el castigo mismo ³², sino que se proyecta a la prevención de los delitos junto a la prevención de las penas excesivas o violencia informal que podría surgir ante la ausencia de Derecho penal ³³; e) Lo prioritario para el garantismo son pues, al contrario de lo que a veces se dice, las garantías entendidas como la ley del más débil en cada momento, lo que comprende los derechos fundamentales de las eventuales víctimas, de los condenados y de los acusados ³⁴.

En segundo lugar, garantismo es un *modelo de ciencia del derecho y una dogmática jurídica* susceptible de desarrollo pleno en el marco jurídico-político del constitucionalismo. En particular Ferrajoli entiende que el garantismo contribuye a formar una teoría de la divergencia entre normatividad y realidad, entre derecho válido y derecho efectivo, uno y otro vigentes ³⁵. Y añade además que una teoría del garantismo, además de fundamentar la crítica del derecho positivo respecto a sus parámetros de legitimación externa o interna, es en consecuencia una *crítica de las ideologías*, ya sean políticas o jurídicas. Las primeras confundirían en el plano político externo la justicia con el derecho (falacia naturalista) o el derecho con la justicia (falacia positivista), mientras que las segundas confundirían en el plano interno o jurídico la validez con la vigencia o la efectividad con la validez ³⁶. Si el garantismo penal adopta como base filosófico-política la necesidad de justificar al máximo el castigo, el garantismo penal como modelo de dogmática jurídica tendría que tener asimismo como propósito no una mera descripción o sistematización de los conceptos legales, sino más bien una función o vocación al mismo tiempo de lo que podríamos llamar «contraposición deslegitimadora» a partir de los principios constitucionales que sirven de base a las garantías. Pues bien, esta compleja tarea encuentra su primera sede en el marco de la teoría de los fines de la pena (nivel previo de la filosofía del Derecho penal) y se desenvuelve en etapas sucesivas en la dogmática de la teoría del delito y la del derecho de la individualización judicial de la pena (nivel de aplicación del Derecho penal) ³⁷. Mientras que el primer campo resulta decisivo para dar respuesta a las grandes preguntas, es en el segundo donde se extraen consecuencias de mayor alcance práctico que dependerán en buena medida del punto de partida adoptado. El tercero sigue siendo terreno sujeto a una enorme irracionalidad debido en gran medida a una insuficiente aclaración de sus presupuestos y a una evidente falta de profundización dogmática.

Pero garantismo es también una *teoría y práctica del derecho y del Derecho penal* esencialmente incómodas. Prueba de ello es la utilización, cada vez más frecuente, del término «hipergarantismo» en alusión a los excesos a los que el garantismo podría conducir en la defensa consecuente de sus

postulados. Un sistema del Derecho garantista es aquel que no se limita a proclamar derechos, sino que establece los mecanismos necesarios para protegerlos a partir de la existencia de una Constitución en sentido fuerte, vinculante incluso para el legislador, que se ve limitado también por los principios que aquella contiene ³⁸—. Garantismo, en este sentido, es un esquema gradual que se alcanza en mayor o menor medida, como lo es la propia *constitucionalización del ordenamiento jurídico* ³⁹—/ ⁴⁰—.

IV. CRISIS DEL MODELO GARANTISTA DE DERECHO PENAL

1. Beccaria, garantismo y constitucionalismo

Es imprescindible señalar que la construcción de la Ciencia Penal tal y como hoy la entendemos se inicia con el pensamiento de la Ilustración, significativamente con la famosa obra de Beccaria (1738-1794) *De los delitos y de las penas* aparecida de forma anónima en 1764, cuyo 250 aniversario celebrábamos en el 2014. La actualidad radical de su pensamiento ha sido subrayada con acierto por Ferrajoli, quien le ha atribuido un carácter todavía revolucionario considerando los postulados manifestados en el libro mencionado un baluarte no solo del liberalismo penal, sino también del constitucionalismo democrático y garantista en un triple sentido: la configuración del derecho penal como un sistema de garantías; la consolidación del pensamiento jurídico constituyente y su carácter militante frente a la crisis del garantismo tan patente en la actualidad ⁴¹—/ ⁴²—. Esta se manifiesta, por cierto, no solo en el Derecho penal interno, sino también en los procesos de regionalización o internacionalización, como es el caso del Derecho penal europeo e internacional ⁴³—.

Pues bien, este Derecho Penal articulador de un sistema de garantías puede ser identificado, con todas las matizaciones que se quiera tener en cuenta, con el *modelo de Derecho Penal del Estado de Derecho*. Por tal entiende Ferrajoli un tipo de ordenamiento en el que el poder público, y específicamente el penal, está rígidamente limitado y vinculado a la ley en el plano sustancial (o de los contenidos penalmente relevantes) y en el plano procesal (o de las formas procesalmente vinculantes). Como explica este autor, «la subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la complementa» ⁴⁴—. El garantismo penal así entendido significa de manera clara, por tanto, contemplar y enfocar el derecho penal necesariamente desde sus límites, esto es, desde los Derechos Fundamentales positivizados en las Constituciones y los Derechos Humanos consagrados en los diferentes convenios y tratados internacionales, lo que plantea no pocos problemas de hermenéutica constitucional-penal en gran parte todavía por desarrollar en el contexto del llamado *global law*, donde surge el problema de superposición de diferentes niveles de protección ⁴⁵—. Ferrajoli ha hablado en este marco del papel crítico, proyectual y constructivo del *paradigma del poder limitado* como configurador del desarrollo histórico del Estado de Derecho ⁴⁶—.

2. De la expansión al paroxismo penal

Las propuestas tendentes a la reducción del sistema penal se caracterizaban por la aceptación de su existencia y por la búsqueda de alternativas «realistas» a su configuración actual, con un espíritu humanista. Además de la descriminalización de determinados comportamientos, aquellas han sido básicamente la búsqueda e implementación de alternativas a la pena privativa de libertad y la reparación a la víctima como técnica alternativa para la solución de conflictos. Sin embargo, el espíritu humanista que subyacía a ambas, fue «trastocado» hace tiempo y reducido a lo absurdo. En el primer caso, por el recrudescimiento punitivo, en el segundo, por la «utilización» de las víctimas para reivindicar el programa político-criminal maximalistasubyacente (como si el Derecho penal pudiera, con el castigo, restaurar la «justicia material») ⁴⁷—. La divergencia entre tales planteamientos y la realidad es tan contundente que ha permitido hablar incluso de *la insostenible situación del Derecho Penal* ⁴⁸—.

Tanto es así que se afirma que la expresión «Derecho penal mínimo» es ya considerado un tópico desprovisto de contenido concreto. Frente a esta propuesta se erige en la actualidad un fenómeno de expansión del ámbito de lo punible en clara contradicción con la pretensión de reducir el Derecho Penal a un núcleo duro correspondiente es esencia al llamado «Derecho penal clásico», como había propugnado la llamada «Escuela de Frankfurt» ⁴⁹—. Esta expansión es consecuencia del nacimiento de un «nuevo» Derecho penal dirigido a proteger nuevos bienes jurídicos característicos de la sociedad

postindustrial. Esta se caracteriza por varias peculiaridades entre las que destacan el extraordinario incremento de las interconexiones causales y la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos, en los que el contacto interpersonal se reemplaza por una forma de comportamientos anónima y estandarizada ⁵⁰. El fenómeno se ha explicado a partir de algunas claves tales como la administrativización, la globalización y la progresiva deconstrucción del paradigma liberal del Derecho penal ⁵¹. Ciertamente el Derecho penal y, singularmente, el Derecho penal económico, se ha visto enfrentado a sus propios límites y posibilidades reales de una mínima efectividad ante fenómenos de naturaleza global como el de la crisis financiera internacional ⁵².

La expansión ha traído consigo una buena dosis de «modernización» que resultaba no solo saludable, sino imprescindible ⁵³. Ahora bien, el fenómeno ha tenido luces y sombras. En efecto, en primer lugar, se puede hablar de un cierto *efecto de banalización*, en la medida en que ya no se identifica bien cuáles son las conductas prohibidas penalmente y, sobre todo, para qué se reserva en realidad el Derecho penal. Por otro lado, es bien conocido que elaboraciones conceptuales como la del llamado «derecho penal del enemigo» ⁵⁴ --que pretende despojar de la categoría de ciudadanos a determinados sujetos, que deben ser tratados como meras «fuentes de peligro»-- aparecen entretanto sin que se pueda separar con claridad «su ámbito» de los demás. Se trata, en realidad, de una teoría que no surge por casualidad, sino que es el resultado de la adopción de una metodología funcionalista de corte sociológico, llevada a sus últimas consecuencias ⁵⁵. El «derecho penal del enemigo» ha sido caracterizado, entre otras notas, por un amplio adelantamiento de la punibilidad, la adopción de una perspectiva fundamentalmente prospectiva, un incremento notable de las penas y la relajación o supresión de determinadas garantías procesales individuales. El principal teórico del concepto, Jakobs, lo explica subrayando que el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones, el *trato con el ciudadano*, en el que se espera hasta que este exterioriza su hecho para reaccionar con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el *trato con el enemigo*, que es interceptado muy pronto en el estado previo y al que se combate por su peligrosidad ⁵⁶.

En su opinión, ningún contexto normativo, incluyendo como tal a la persona en Derecho, es tal por sí mismo, sino que sólo es real cuando determina a grandes rasgos a la sociedad. Esta tesis le lleva a sostener que quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no puede esperar ser tratado como persona, pues de lo contrario se vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas; y que, por tanto, sería completamente erróneo demonizar el llamado «Derecho penal del enemigo», pues de este modo no se alcanza una solución al problema de los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana. El impacto que el fenómeno brevemente descrito tiene para el Estado de Derecho se materializa, en opinión de Zaffaroni, en excepciones de los Derechos Humanos de primera generación que se mueven en tres direcciones: poderes excepcionales a las policías, la construcción de tipos penales nebulosos y la reducción de las garantías procesales ⁵⁷.

Algunas de las críticas más severas a la teoría sostenida por Jakobs fueron vertidas en su día por Baratta acusándola de ser conservadora, tecnocrática e incluso autoritaria, favorecer la expansión del derecho penal y promover la reproducción ideológica y material de las relaciones sociales existentes, acogiendo lo peor de la teoría de sistemas de Luhmann ⁵⁸. Sin embargo, desde la Filosofía del Derecho, se ha puesto en duda no solo la fidelidad con que las tesis de Luhmann se acogen en la Ciencia del Derecho Penal, sino que además se niega que las propuestas funcionales de la prevención general positiva identificadas como sistémicas lo sean realmente ⁵⁹. Del problema me he ocupado en otro trabajo ⁶⁰, por lo que ahora solo haré referencia a cómo se aboca por esta vía a la crítica hacia las cuestiones de legitimidad del sistema normativo. Jakobs no desconoce este aspecto, si bien lo esquiva en el sentido de que para una teoría funcionalista las cuestiones de legitimación no pueden resolverse en el plano interno del Derecho penal. En este sentido se ha pronunciado también Müssig al advertir que las cuestiones de los criterios de legitimación material de las normas penales desbordarían el cauce formal de la prevención general positiva remitiendo al análisis de los criterios materiales de identidad de una sociedad determinada ⁶¹. Pero el mayor exceso en el que ha incurrido esta corriente de pensamiento ha consistido en la «*normativización del concepto de persona*», que ha permitido a

Jakobs distinguir entre un Derecho penal basado en acciones de personas y otro en acciones de «no personas» o «derecho penal del enemigo» ⁶²—. La normativización del concepto de persona significa en Jakobs que «desde el punto de vista de la sociedad no son las personas las que fundamentan la comunicación personal a partir de sí mismas, sino que es la comunicación personal la que pasa a definir los individuos como personas» ⁶³—. No es este el momento de abordar todas las dimensiones de análisis de las que es susceptible este lamentable concepto, pero sí de subrayar varias cosas. En primer lugar, la íntima vinculación y desarrollo que lleva desde la prevención general positiva sistémica al derecho penal del enemigo mediante la propia normativización (abstracción) del concepto de persona ⁶⁴—. En segundo lugar, también es conveniente destacar que a la discusión sobre el carácter descriptivo o prescriptivo de la fórmula del llamado «derecho penal del enemigo» subyace a su vez una cuestión relativa a la teoría del derecho. De nuevo Ferrajoli ha intervenido en el debate para subrayar que en virtud de la falacia realista imperante en la cultura jurídica de corte hegeliano según la cual «lo que es real es racional», se pasa por alto la distinción metalingüística entre lo «descriptivo» y lo «normativo», inexistente en la cultura jurídica y política funcionalista ⁶⁵—. Como con acierto ha subrayado este autor, se presenta por esta vía como legítimo un concepto que en realidad representa una contradicción en los términos o la negación misma del Derecho penal, dado que la figura del enemigo pertenece en realidad a la lógica de la guerra, que es en esencia la negación del derecho ⁶⁶—. En tercer lugar, por obvio que resulte, no hay nada más opuesto al paradigma garantista que la «excepción permanente», en realidad, que cualquier excepción, puesto que, «ni las garantías jurídicas son divisibles ni el Derecho penal conoce dos clases de destinatarios» ⁶⁷—.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Después de lo dicho es fácil darse cuenta de que si las garantías pueden considerarse la expresión de un modelo normativo, pero también epistemológico ⁶⁸—, en tiempos recientes hemos asistido a la crisis y, en cierto modo, a una «deconstrucción» de dicho paradigma.

En realidad, hablar de deconstrucción del modelo garantista es ya un contrasentido en sí mismo, dado que el garantismo es como tal un ideal inacabado hacia el cual se avanza o del que se retrocede. Pero por deconstrucción se entiende aquí la demolición progresiva y «por piezas» (es por eso más bien una «fragmentación») de aquellas partes del modelo que, como se ha visto, habían sido en cierta medida puestas en marcha por el sistema penal. No se pretende aquí ofrecer una visión catastrofista; el sistema penal trata de salvaguardar las garantías de los Derechos Fundamentales, pero en general se mueve hoy en una dirección contraria a la propugnada por el garantismo. Esto puede afirmarse tanto en el plano de la filosofía jurídico-penal, donde ganan terreno e incluso se podría decir que proliferan nuevas visiones retribucionistas --que reivindican la justicia material por encima de cualquier otra visión del castigo-- como de la elaboración de la dogmática jurídico penal, que por un lado se desprecia profundamente y, por otro, se convierte en una herramienta funcional que se pone al servicio de finalidades puramente prácticas.

Hablo de cambio de paradigma por fragmentación porque se produce de manera progresiva, discurre de modo paralelo a la propia transformación de la realidad y abre múltiples frentes a la vez, de modo que resulta muy difícil llevar a cabo un análisis global. Como consecuencia, también en el plano científico se pierden de vista con frecuencia los avances producidos y se abandonan de la noche a la mañana conquistas elaboradas a lo largo de mucho tiempo (como p. ej. el principio de personalidad de las penas o el concepto de culpabilidad por el hecho). Se podría discutir sobre ejemplos concretos, como el de la inconstitucionalidad de la ya citada prisión permanente revisable: aquí se advierte que solo un análisis no fragmentado de los principios constitucionales, entendiendo por tal uno que no pierda de vista la conexión entre ellos y su sentido programático, permite alcanzar conclusiones adecuadas. Ahora bien, el que de modo paralelo a la transformación de la realidad se esté produciendo un *cambio de paradigma* no quiere decir en absoluto que dispongamos de uno alternativo. Si a lo que asistimos no es a un cambio en sentido estricto sino a su deconstrucción, tal vez sería más conveniente hablar de la «metamorfosis del Derecho penal». Parafraseando a Beck en su libro póstumo *La metamorfosis del mundo*, los sucesos que acaecen ante nosotros, propios de la sociedad moderna, ya no resultan comprensibles con los términos «evolución», «revolución» o «transformación», porque no vivimos sin más en medio de un mundo que está simplemente cambiando, sino en medio de una metamorfosis ⁶⁹—.

La Ilustración hispana frente al encierro punitivo: la obra de Lardizábal en su discípulo Joseph

1. Desde siempre, las variables del castigo estatal y su ejecución aparecen condicionadas por presupuestos de carácter fundamentalmente económicos y también políticos ⁷⁰. La instauración del «Penitenciario» --esto es, la privación de la libertad como encierro institucionalizado en tanto pena y estrategia de control social-- emergerá en España recién a partir de los proyectistas del último tercio del siglo XVIII y la reforma codificadora de la primera mitad de la siguiente centuria.

Así es: el surgimiento del dispositivo disciplinar de cárceles, casas de trabajo y hospitales ya había tenido lugar tiempo atrás en otros países de Europa, en razón de la diferencia fundamental existente entre el sistema económico de los países de la Liga Hanseática (mercantilistas) e Inglaterra (manufacturas) respecto del modelo español. A distancia, en España aparecieron truncados por entonces los factores favorables a la industrialización, por lo que la pena central de galeras como propia y principal se anclaba en la función económico-política durante la hegemonía de los Austrias: la expansión territorial y colonial de los Siglos XVI y XVII. Para ello resultaba vital la existencia de una potente flota que asegure el poderío en el mar y el mantenimiento de la actividad comercial mediante el transporte de mercancías. Será fundamentalmente dentro de esta necesidad donde se inscribe el tipo de penalidad de galeras, aplicada de entre las múltiples clases de castigo (penas infamantes, capital, corporales, etc.) que se infligen durante este período, en donde coexiste la cárcel, pero de tipo preventivo y con menor relevancia ⁷¹.

Efectivamente, la cárcel en los siglos XVI y XVII cumple una doble función: es lugar de cumplimiento para los condenados por deudas, y de tránsito tanto para los que esperan sentencia como para los ya condenados que han de ser enviados a galeras. Por lo tanto, la institución guardaba entonces una importancia secundaria, de tipo procesal. Sus rasgos más sobresalientes eran la ausencia de un régimen disciplinario y de convivencia mínimamente organizada, las escasas medidas de seguridad, junto con una marcada corrupción. En ese orden, la cárcel resulta también sociedad, por lo que sus características no son más que su reflejo, en un mundo reducido y extremizado, de las características de la comunidad general bajo los Austrias ⁷².

2. Con el advenimiento de la dinastía Borbónica a partir del siglo XVIII, se inicia en España el reinado de una época en las que se producen las lentas transformaciones en la economía que permiten superar los factores de decadencia y atraso propios de los dos siglos anteriores.

Es a partir de esta centuria cuando se observa la formación de un capital con emprendedores surgidos de las clases medias urbana y rural, y la formación de una masa proletarizada procedente de las capas más bajas del campesinado ⁷³. La actividad productiva pasa entonces a ser vital para el desarrollo económico del estado, por lo que deviene una verdadera preocupación que toda persona realice un trabajo útil. Con este objeto, numerosas leyes se encaminan a conseguir de un modo u otro la incorporación de sectores no productivos al proceso económico. De tal suerte se autorizan las levas forzosas de vagabundos recogidos en la Corte y en otras ciudades importantes para incorporarlos como soldados a las filas del ejército a cuyo servicio deben permanecer durante ocho años, dada la necesidad que se tiene de mantener un ejército suficientemente numeroso como para poder hacer frente a las continuas guerras que todavía se llevaban a cabo.

Este cambio en la situación económica y política incide por lo tanto en el ámbito penal, influenciando específicamente el tipo de ejecución del castigo. Es dentro de esta perspectiva que la pena de galeras propia de los dos siglos anteriores encuentra su sustitución por la implantación de la condena a trabajos forzados, sanción que por ser mucho más acorde con las necesidades de la época pasa a constituirse en pena principal ⁷⁴.

Paralelamente, la prisión sigue desempeñando la función preventiva y por deudas como en los siglos anteriores. No obstante, se promulgan una serie de normas para la regulación del sistema penitenciario, disposiciones que Tomás y Valiente denomina como «espeluznantes» ⁷⁵. Y aun cuando en determinados textos se hagan concesiones al humanitarismo, este mismo autor no duda en calificarlos de «dudosos», por coexistir con disposiciones que regulan el trabajo forzado en presidios o arsenales. Con la institución de las nuevas condenas a los presidios de África y arsenales, se legaliza en España el trabajo de carácter punitivo, iniciándose en estas prisiones la función terrorística e intimidatoria que es consustancial a las casas de corrección en el resto de Europa e Inglaterra.

3. Ya en el siglo XIX --caracterizado en su extensión por la inestabilidad política y económica--, convergen el fracaso de la industrialización junto con el de la revolución burguesa, procesos ambos que iniciados a fines del siglo anterior no logran cristalizarse. Así es, ni la incipiente industrialización desemboca en una revolución (tal como ha sucedido en el resto de Europa) ni la burguesía consigue instaurar un sistema político acorde con sus necesidades que le permita afirmarse como núcleo dominante.

Políticamente durante la primera mitad del siglo XIX se alternan el período constitucional, con el triunfo de las ideas liberales y el establecimiento de las políticas de igualdad y seguridad legales, con un período autoritario por el triunfo del antiguo régimen que reinstaura las prerrogativas y desigualdades del autoritarismo que le son propias desde la época feudal. Así, España queda sumergida en un anacronismo económico en comparación con el resto de Europa, de modo tal que no logra integrarse en sistema moderno en razón de dominar un modo de producción pre-capitalista, al que no es posible negar importancia ⁷⁶.

Con todo, también se inicia en esta transición la expresión de las ideas reformistas europeas bajo el influjo de la Ilustración ⁷⁷ que propugnan la legalidad de las penas y la privación de libertad como ejecución de las mismas, junto con las propuestas de reforma de las prisiones. Los aires liberales del iluminismo ingresan por la gran influencia que tienen las ideas de Beccaria en toda Europa, aún con las particularidades traumáticas que revela su acceso a la Península ⁷⁸.

Empero, son dos juristas los que elaboran principalmente en España el incipiente tratamiento de una nueva pena: el llamado «Beccaria español», Manuel de Lardizábal y Uribe y, en especial, su discípulo, Joseph (o José) Marcos Gutiérrez.

Es durante el tránsito al nuevo siglo que, con ocasión de los trabajos preparatorios del Código Penal, el mexicano Lardizábal ⁷⁹ --encargado de realizar un extracto de las leyes penales en vigencia-- ⁸⁰ se interesa por multiplicar su obra sobre las nuevas doctrinas de la penalidad: «*Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*» ⁸¹.

La señera obra *Discurso sobre las penas* procura exponer metódicamente los principios y máximas generales que sirvan a la reforma, ello no obstante, preocupado su autor por injertarlas dentro de la tradición nacional, deja sobreviviendo la ideología autoritaria todavía existente ⁸².

Más interesante aún por su gran aportación iluminista y liberal y por su arraigo a la praxis, es el texto de Joseph o José Marcos Gutiérrez ⁸³ que sirve de base doctrinaria en la normativa: «*Práctica Criminal de España. Publícala El Licenciado Don José Marcos Gutiérrez, editor del Febrero Reformado y Anotado, para complemento de esta obra que carecía de tratado criminal. Obra tal vez necesaria ó útil a los Jueces, Abogados, Escribanos, Notarios, Procuradores, Agentes de negocios y a toda clase de personas*» ⁸⁴.

Menester es rescatar a esta obra de un injusto olvido. Ha dicho Pedro Dorado Montero que se trata de un libro de los más interesantes en la historia del Derecho penal doctrinal español y cuyo verdadero mérito no solamente consistía en el gran servicio que le prestaba en la práctica a la administración de justicia penal sino en las doctrinas reformistas de la época que había incorporado a su trabajo ⁸⁵. Se trató de un libro de texto de empleo en muchas universidades, y más aún en la jurisprudencia de los tribunales ⁸⁶.

En la obra se destacan por su significación el tratamiento de las penas en general, su medida y su cantidad ⁸⁷. En cuanto a las penas en general, Marcos Gutiérrez se interesa especialmente por su origen, objeto, finalidad y su legalidad, así como por su carácter utilitario e irremisible. La misma existencia de la pena pública la diferencia con la venganza privada propia, en su criterio, de los pueblos salvajes. Ella es impuesta con base al contrato social por la que el soberano se convierte en depositario y administrador de las facultades de los individuos. Destaca el autor el carácter preventivo general de las penas en el sentido de que tienden a intimidar a los individuos para que se ajusten a la ley, que es la única que puede castigar.

En su parecer, el objetivo de las penas es la corrección del culpado para que el intimidado no vuelva a delinquir, con lo que destaca el principio de proporcionalidad. Además el fin general de las penas ha de ser la seguridad y tranquilidad de los ciudadanos, a la vez que amedrentarlos para que no sigan el ejemplo del delincuente (prevención general). Aboga el autor por la legitimidad y legalidad de las penas: los jueces han de circunscribirse a los castigos señalados por las leyes, de modo que la

arbitrariedad del juez se ha de limitar a través de las leyes fijas y claras. Los magistrados en el pronunciamiento de la sentencia deben atenerse primordialmente a la disposición de la ley y después al hecho por el que se procede.

Es para Marcos Gutiérrez muy importante que la pena sea lo más moderada posible para contener al mayor número de ciudadanos, de modo que sea útil a fines de prevención general. En ella se fundamentará así la validez moral del castigo ya propuesta por los reformistas ingleses. De ahí que se tengan que suprimir las penas crueles y horrendas sustituidas por una pena humana y moderada. Porque las penas muy severas son prueba de la poca fuerza de las leyes y aumentan su impotencia (son inútiles), la pena ha de transformar el ánimo del delincuente, para ello cuanto más moderada mejor. En su aplicación se han de observar los requisitos de igualdad y proporcionalidad (aunque ello no se aplica a los privilegios que la ley le confiere a los nobles).

En cuanto se refiere a la medida y cantidad de las penas, señala Marcos Gutiérrez que la medida de los delitos está en el daño hecho a la sociedad o a sus individuos y ello es lo que determinará la mayor o menor gravedad de la pena, principio pues de proporcionalidad y retribución por el daño que represente la infracción cometida. De todas maneras, el doctrinario establece la necesidad de diferenciar entre los autores del delito: calidad, clase social, estado y empleo, lo que hará aumentar o disminuir la medida de la sanción. De modo que a mayor facilidad para delinquir se aplicará mayor castigo, de ahí que el reincidente sea castigado con más severidad por demostrar un ánimo más «pervertido». Se toman en cuenta las circunstancias del delito y los distintos tipos de participación y las distintas fases de ejecución del delito, especialmente entre las preparatorias y las ejecutivas. Así la pena implicará una cantidad de castigo distinta, modificada de acuerdo con todas estas situaciones y circunstancias.

4. Este tratamiento liberal de la pena encuentra en España un amplio eco dentro de la doctrina que influenciará profundamente a los autores en la reorganización de la sociedad por las leyes y la modernización del sistema de sanciones, y, particularmente, la actualización del sistema de penalidades, en lo que se inscribe fundamentalmente el primer Código Penal de 1822⁸⁸.

Incardinado el Código del 22 en el movimiento codificador iniciado en el siglo XIX en toda Europa dentro del gran proyecto de implementación del estado moderno administrativo⁸⁹, consagra en la ley penal española, y con carácter duradero hasta la actualidad, la ideología reformista del castigo y la ejecución en la variante de la pena privativa de la libertad en modo institucionalizado.

El interés por plasmar en una ley las nuevas doctrinas implícitas en el célebre *Discurso sobre las Penas* de Lardizábal y el *Discurso sobre los delitos y las penas* de Marcos Gutiérrez, se efectiviza precisamente durante este primer período constitucional, cuando en el artículo 218 de la Constitución se establece la necesidad de elaborar un Código Penal único para todo el reino. El Código de 1822 es, pues, fruto de la ideología iluminista, aun cuando en él persistan resabios autoritarios⁹⁰.

Sabido es que en 1812 con las Cortes de Cádiz se inicia el período constitucional que cae en 1814 para reaparecer en 1820 con la sublevación de Riego, comenzando una nueva etapa llamada de Trienio Liberal que restaura la Constitución y las garantías constitucionales que son plasmadas en la Ley Penal. Esta situación es truncada por el triunfo de la reacción el 1 de octubre de 1823 cuando, por Manifiesto Regio, Fernando VII pone fin al Trienio Liberal y reafirma el Antiguo Régimen. Con la muerte de Fernando VII en 1833 cambia la situación y, al año siguiente, se vuelven a abrir las Cortes de Cádiz y se repone la Constitución de 1812. Ya a partir de la segunda mitad del siglo los cambios políticos que se producen tienen como protagonistas a las dos tendencias opuestas: una reaccionaria, otra progresista.

En definitiva, así como toda historia es historia contemporánea, nos muestra el legado del profuso contrapunto entre el Iluminismo y las ideologías anti-iluministas, como también el intercambio entre Europa y América, en un fluir constante que pone de relieve una tradición humana, limitadora y garantista, que cobra más significado en los días que corren frente a la tentativa de restauración de una demagogia punitiva, ante la que se yergue lo mejor del pasado.

1917: La Constitución del Estado social y democrático de derecho en México⁹¹

Luis Arroyo Zapatero

Presidente de la Société Internationale de Défense Sociale

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Castilla-La Mancha

México insurgente es un maravilloso reportaje sobre la Revolución mexicana, compuesto por un joven licenciado en Harvard, de familia bien acomodada, decidido a hacer una carrera entre la bohemia y la poesía, entre el periodismo y la revolución, tanto en el Greenwich Village como en el

Palacio toscano de Villa Curonia propiedad de su enamorada Mabel Dodge. Pero ni el amor ni el deseo son capaces de sujetar a John Reed en Nueva York cuando Pancho Villa inició su alzamiento en los desiertos de Chihuahua ⁹².

La Revolución propiamente había dado comienzo en el enfrentamiento contra el Régimen de Porfirio Díaz y su dictadura, bajo el impulso del lema «sufragio efectivo y no reelección», que había encabezado el noble Francisco Madero, ayudado por Pancho Villa en el Norte y Emiliano Zapata en el Sur. La cuestión social estaba ya bien presente, sobre todo la cuestión del reparto de la tierra, pero todo pasó a mayores cuando el embajador norteamericano, las petroleras y los propios sectores reaccionarios mexicanos dieron el golpe contra el presidente Madero, secuestrando y asesinando a este y a su vicepresidente Pino Suárez ⁹³. El general traidor Victoriano Huerta encabezó lo que se conoce como la «decena trágica» que fue un tiempo de Caín y de metralla, en términos del soneto que años más tarde Alfonso Reyes hizo a la muerte de su padre, ametrallado precisamente cuando cargaba a caballo contra el Palacio Nacional para deponer a Madero ⁹⁴.

Ante el usurpador Victoriano Huerta se levanta de inmediato un movimiento armado constitucionalista --que reclamaba la Constitución de 1857-- encabezado por el Gobernador de Coahuila, Venustiano Carranza. El México insurgente renace y en mil batallas y muertes se expulsa al traidor Huerta y don Venustiano se hace con la dirección del movimiento como Primer Jefe del ejército de la Revolución. Todos van tras él, salvo Villistas y Zapatistas que están afanados en la reclamación del reparto de la tierra. Pero domina a unos y a otros y decide convocar elecciones municipales y a diputados para un congreso constituyente que supere la Constitución liberal de 1857 y que se haga cargo de renovados objetivos en lo social.

Los conflictos obreros, la formación de sindicatos y las huelgas venían desde finales del siglo XIX. Singularmente graves y reprimidos con mucha sangre fueron los de las minas de cobre de propiedad norteamericana cerca de la frontera con Arizona, en Cananea, en 1906, que concluyó con varias decenas de muertos y heridos y 60 encarcelados, todo ello con el recurso no solo a policías y militares mexicanos sino también a los *rangers* norteamericanos.

En enero de 1907 la reivindicación de la jornada de 8 horas y del salario en dinero legal, --pues muchas veces se pagaba con vales e incluso con billetes falsos-- hizo estallar el conflicto en las fábricas textiles de Río Blanco. Pronto ardió la «tienda de raya», o economato, en el que se obligaba a comprar a los obreros con los vales que sustituían el salario legal. Los rurales cargaron a sablazos contra la multitud, sin éxito, pues hubieron de volver grupas. Terminó interviniendo el ejército en todo el territorio, con muchos muertos y heridos. Como dice Óscar Alzaga, con la huelga de Cananea y la de Río Blanco se inició para muchos la historia moderna del movimiento obrero y fueron precursoras de la Revolución Mexicana ⁹⁵.

Ya en 1912 se había establecido la «Casa del Obrero Mundial», una organización sindical pluralista con gran capacidad de movilización y presencia pública, preocupados tanto por las cuestiones salariales como por el aseguramiento de la salud y de los accidentes y por la educación de los obreros ⁹⁶. Si bien tuvo un componente anarquista muy importante que traía cuenta de la acción política de los hermanos Flores Magón, tuvieron cabida prácticamente todos, entre otros quienes dentro de la Casa formarían el Partido Laborista Mexicano liderado por Luis Napoleón Morones, personalidad especialmente dotada para abrir espacios a los trabajadores en la política oficial, hasta llegar precisamente a Secretario de Trabajo del Presidente Plutarco Elías Calles.

La incorporación al texto constitucional del artículo 123 se debe a la maduración del movimiento obrero. Este se había venido organizando en Ciudad de México, con especial relevancia entre los obreros de las empresas eléctricas, los de Telefónica y además, en Veracruz, en localidades del norte, vinculadas a los ingenios mineros, pero también entre los canteros o los sastres se formaron sindicatos y practicaron las huelgas, y los conflictos sociales y políticos a que daban lugar, perfilaron toda una generación de dirigentes sindicales comprometidos en los hechos y la experiencia política. Celebraban el 1º de mayo desde 1913, que resuena en el canto al movimiento obrero que el entonces Diputado constitucionalista Isidro Fabela pronuncia con este motivo: «Ellos son, ellos, los trabajadores, los que concurren con sus manos incansables a la eterna algarada del mundo...» ⁹⁷

El año previo a la Constitución de 1917 había sido un año intenso para el movimiento obrero. 1916 comenzó con la celebración del primer congreso obrero nacional en Veracruz. Hay huelgas generales en el Distrito Federal en mayo, reclamando el pago de los salarios en moneda cierta y a fines de julio la «Confederación General de Sindicatos» interrumpió el suministro de la energía eléctrica. A la vez

sigue la guerra contra los Villistas quienes aún guerreaban en el norte y provocaban a los EE. UU. y de nuevo amenaza la intervención norteamericana. No en vano el Gobierno revolucionario mexicano viene coqueteando con los alemanes, quienes ofrecen a Isidro Fabela, agente secreto de Carranza, financiar la revolución y la reconquista de los territorios mexicanos anexionados por los EE. UU. ⁹⁸ Venustiano Carranza ordena la detención de los dirigentes obreros, promulga la Ley marcial contra los huelguistas, a pesar de las negociaciones que se realizan al máximo nivel. En agosto fue disuelta la Casa del Obrero Mundial. La represión, los juicios y condenas a los dirigentes continúan aunque el Presidente va concediendo las reclamaciones de los obreros.

Un testimonio apasionante de todo es el del Secretario General de *Luz y Fuerza*, Ernesto Velasco, que llegó a ser condenado a muerte por aquella huelga en juicio militar sumarísimo como traidor a la Patria y por rebelión. Por cierto, Luis Morones, que será protagonista mayor en los años siguientes, como convocante como él de la huelga, le visitó en el corredor de la muerte y le regaló una botella de coñac, a lo que correspondió Velasco con su propia corbata, pues donde iba ni un obrero ni nadie la iba a necesitar. Por cierto, no salió de la cárcel hasta febrero de 1918 ⁹⁹.

Las causas de las huelgas desde el principio del siglo, especialmente de las citadas de 1906 y 1907 coincidían de modo sistemático con la caída de valor o rebajas de los salarios, contra el incremento de la jornada extendidas más allá de las 8 horas, contra el sistema de pagos en vales de economato de empresa, billetes sin valor, contra multas y agravios y muy malos tratos a los obreros.

Pero no solo se realizaban huelgas y se acumulaban experiencias en ellas. En 1915 la Casa del Obrero Mundial organizó los llamados «Batallones Rojos» para cooperar con el Gobierno constitucionalista que había desplazado al traidor Huerta y que encabezaba el Primer Jefe Venustiano Carranza. Varios miles de obreros se incorporaron así desde la lucha sindical a la lucha política y militar.

La guerra levantó las banderas de progreso. En enero de 1915 se aprobaba por Carranza en Veracruz la Ley para la reforma agraria: «tierras para los pueblos», es decir, los ejidos. En 1914 el jefe militar Álvaro Obregón dictó un decreto sobre el salario mínimo, que Carranza confirmó por decreto y que anunciaba la preparación de una regulación general de los derechos laborales ¹⁰⁰.

Apenas constituido el Congreso en sus sesiones preliminares en la antigua Escuela de Bellas Artes de Queretano se recibió a una comisión popular y dirigió el obrero Rafael Giménez unas palabras a los diputados: «Estos que estamos aquí somos los representantes del pueblo de queretano que vienen a decir a ustedes que espera que la Constitución sea verdadera, real, efectiva, liberal y fundada sobre bases inmovibles, a fin de que mejore un tanto la condición económica política y social del pueblo mexicano» ¹⁰¹. Ni más ni menos, lo que provocó en todos gran emoción.

Los enemigos de la revolución, tanto Huertistas como los posteriormente insurrectos Villistas y Zapatistas quedaron excluidos del Congreso constituyente, pero el examen de credenciales fue arduo. A uno que se reclamaba de nombre Martí y de origen cubano se le discutió su derecho y un diputado poeta exclamó que «cuando se nace en Cuba y se llama Martí no se va a mendigar patria a otra parte» y el asunto así se liquidó.

Cuesta imaginar a qué referencias políticas podían remitirse aquellos millares de trabajadores en acción en ese tiempo. En Europa, provocada por los alemanes, había estallado la guerra civil general, la cual, al sumarse los EE. UU. se denominó mundial, la primera, lo que constituía un auténtico fracaso civilizatorio, con millones de muertos que hacían del «México salvaje» un juego de niños. Habría que esperar al final del año de la Constitución a que se produjera la primera experiencia de toma del poder político por los trabajadores, la Revolución Soviética, en verdad la venganza de los siervos, como ha significado recientemente Julián Casanova ¹⁰². Solo a partir de entonces los imaginarios populares podrían pensar en un sueño como el de la Constitución Mexicana. Fue preciso esperar a Weimar en 1931 y a 1931 en Madrid, para encontrar ejemplos de similar programa.

¿Y qué referencias pudieron tomar los mexicanos de otros países latinoamericanos? ¹⁰³ Ninguna tampoco. En Colombia acababa de concluir la «guerra de los mil días», la del abuelo de García Márquez y los 100 años de soledad, tras la cual habría que esperar a 1930 a la llamada República Liberal. Venezuela desde 1910 tenía un Presidente de poca legitimidad y de impulsos contradictorios, que cerraba la Universidad, aunque adoptaba leyes liberales e iniciaba la explotación petrolera. El Perú vivía en el tiempo conocido como República Aristocrática, un feudalismo sin piedad que no comenzaría a modernizarse hasta el golpe militar de 1919. Brasil estuvo hasta 1930 asolado por rebeliones y guerras civiles con la revolución paulista, la de Copacabana, la columna Prestes..., solo

Chile y Argentina alumbraban esperanzas, pues en el primero tras los años de dominio de la oligarquía a la que llamaban la «canalla dorada» en 1920 ganó el Presidente Alessandri, adalid de los derechos políticos y laborales. En Argentina en 1916 ganaba las elecciones el Partido Liberal Radical, con Hipólito Irigoyen a la cabeza, durante cuyo gobierno dio comienzo el movimiento estudiantil de la reforma universitaria, seguramente el primer fenómeno de influencia hispanoamericana desde la independencia, tan modelador del espíritu político y cultural de la América hispana como la Constitución Mexicana.

Así, sin modelos más que la vieja Constitución liberal mexicana de 1857, que tras haber amparado a Porfirio Díaz aparecía macilenta, comienzan en Querétaro los trabajos por una nueva Constitución. Era Don Venus un liberal progresista, pero en minoría en el Congreso constituyente, donde los reformistas del Gobierno y que presentan el Proyecto de Constitución son superados por quienes reclaman llevar a la Constitución además de la libertad, los derechos sociales fundamentales que se han ido identificando en los largos y duros conflictos desde principios de siglo. Los debates se siguen muy bien en el Diario de Sesiones y hace una buena síntesis un protagonista de entonces, Juan de Dios Bojórquez, en libro recientemente reeditado por la Universidad Michoacana y Miguel Ángel Porrúa ¹⁰⁴. El primero de diciembre se abre el Congreso Constituyente de la República Mexicana que termina promulgándose el 5 de febrero de 1917.

La derrota política en la asamblea constituyente de Don Venus, quien tuvo la gallardía de asumir lo adoptado por el Congreso, fue también una derrota de los juristas tradicionales presentes en la Cámara y que entre su formación liberal y el ejemplo norteamericano entendían que la Constitución no era lugar para las reivindicaciones de los trabajadores. En verdad el debate tuvo que ser apasionante pues entre unos oradores y otros se abría paso en el poder constituyente el destilado de la acción sindical, militar y política de las organizaciones de los trabajadores durante los 15 años anteriores, los de toda una generación en términos Orteguianos ¹⁰⁵.

El debate sobre la inclusión o no de los derechos sociales dio comienzo ya en el artículo 5, que en el Proyecto proscribía «obligar al trabajo sin justa retribución y sin su pleno consentimiento...» a lo que seguía una cláusula equivalente a la superación del feudalismo y sus servicios personales y hacía referencia a los trabajos forzados como pena criminal y a los trabajos para el servicio público. Frente a tan escueta referencia a la cuestión social se reclamó un detallado aparato normativo, que se remitió a un nuevo y largo artículo que con el número 123 se ubicó en un título especial, el sexto denominado «Del trabajo y de previsión social», cuyo contenido habría de regir las futuras leyes laborales ¹⁰⁶.

Comenzaba proclamando la jornada de 8 horas, limitada en una hora para el trabajo nocturno y prohibiendo las labores más lúgubres o peligrosas, prohibiendo el trabajo industrial nocturno para los menores de dieciséis años y todo trabajo a la los menores de doce años (ap. I a III). Se establecía al menos un día de descanso semanal (IV) limitaba el trabajo de las mujeres embarazadas y reconocía con un mes retribuido de descanso el postparto, más los descansos diarios por lactancia. Se estableció el salario mínimo y no embargable y el derecho de los trabajadores a una participación en los beneficios. Espectacular fue la proclama del salario igual para hombres y mujeres así como para extranjeros (VII). Remitió las cuestiones regulatorias y las disputas entre obreros y patronos a juntas de arbitraje amparadas por el Estado (XI). Proclamó el derecho a la prevención de accidentes y enfermedades profesionales y la responsabilidad en ello de los empresarios, especialmente en caso de fallecimiento o incapacidad temporal o permanente (XIV y XV). Reconoció el derecho de los obreros y de las empresas a formar sindicatos y asociaciones profesionales y el derecho de huelga, declarando precisamente que las «huelgas serán consideradas ilícitas únicamente cuando la mayoría de los huelguistas ejercieran actos violentos contra la personas o las propiedades...». Autorizaba los paros empresariales tan solo por razones técnicas o de exceso de producción (XVIII a XXI). Se declara ilícito el despido sin causa justificada o por alguna injustificable como la de pertenecer a un sindicato o participar en una huelga, así como el derecho a una indemnización por abandonar el trabajo por causa de malos tratos del empleador, de sus parientes o dependientes (XXII). Los créditos de los trabajadores frente a los empresarios se declaraban preferentes sobre cualquiera otros (XXIII) y limitaba el endeudamiento de los trabajadores con los patronos (XXIV). Enuncia una cuidada relación de cláusulas nulas de contratos de trabajo como las que estipulan jornadas inhumanas, la fijación de salarios no remuneradores o de pago más allá de una semana, las que señalen fondas, tabernas o tiendas para el pago del salario, las que obliguen a adquirir artículos de consumo en tiendas o lugares determinados, las que permitan incorporar multas sobre el salario, las renunciadas a

indemnizaciones por accidente o por daños y, en general, toda renuncia a derecho consagrado a favor del obrero en las leyes de protección y auxilio a los trabajadores.

Ordenaba la creación de un servicio gratuito y público de colocación (XXV). Regulaba los contratos de mexicanos por empresarios extranjeros. Consagraba el llamado patrimonio familiar inembargable, declaraba de utilidad social la expedición de una ley del seguro social y de las cooperativas para la construcción de viviendas (XXVIII a XXX).

En definitiva, la Constitución establece un fresco de derechos de los trabajadores bien avanzados, una suerte de negativo de las condiciones laborales de principio de siglo en México y en todo el mundo. El artículo 123, junto con el 27 relativo a la propiedad de la tierra, que «corresponde originariamente a la Nación», y el sometimiento al interés público de toda propiedad y la proclamación y diseño de la reforma agraria, constituyen la esencia política y social de la Revolución mexicana y de su Constitución.

Diez días más tarde de la promulgación de la Constitución se funda el Partido Socialista Obrero por Luis N. Morones, José Barragán y Enrique Arce. En octubre tiene lugar el Segundo Congreso Obrero Nacional esta vez en Tampico y en mayo del siguiente año otro en Saltillo, en el que se crea la Confederación Regional Obrera Mexicana, la CROM, liderada por Luis Morones. Pero estamos ya casi en el periodo presidencial del Plutarco Elías Calles: el constructor de las instituciones según Enrique Krauze ¹⁰⁷.

Néstor de Buen Lozano afirma, tras sobrevolar la historia del movimiento obrero y del sindicalismo así como de las leyes laborales de ese tiempo en los países europeos y americanos, que en el art. 123 hay inspiración en los reclamos sindicales del movimiento de los Flores Magón así como del programa constitutivo de la segunda internacional y proclama que «no hay precedente que supere, en el orden histórico, a la Constitución Mexicana» y que a ella «le corresponde la gracia especial de ser la primera en el mundo con un capítulo social» ¹⁰⁸.

Para formar debidamente el proyecto de los mexicanos de aquel tiempo fue preciso transitar por Weimar y Madrid en 1931 y atravesar dos guerras mundiales y, en el caso español una larga dictadura, para llegar solo en 1978 a la Constitución que se proclama precisamente como la de un Estado Social y Democrático de Derecho, como estableció Elías Díaz en 1966, ahora ya hace más de 50 años ¹⁰⁹.

NOTAS:

¹Originariamente este trabajo fue el texto utilizado para una conferencia pronunciada por su autor en el Congreso sobre La actualidad del pensamiento de Beccaria, que tuvo lugar en Villa Vigoni, Lago de Como, Italia, en septiembre del 2015. Agradezco la versión que del mismo hizo al italiano Víctor Manuel Macia Caro. Posteriormente, el texto en italiano, aún inédito, ha sido traducido al alemán por Thomas Vormbaum y publicado en el *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, 2017. La presente versión española ha sido revisada y reelaborada por el autor para este Homenaje al querido amigo y compañero Juan Terradillos, como reconocimiento a su larga y fecunda trayectoria como profesor universitario y a su compromiso con los valores democráticos.

²Véase M. FOUCAULT, *Vigilar y castigar, el nacimiento de la prisión*, editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2002, p. 11.

³F. TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura en España*, 2ª ed., 1994, pp. 237 y ss.

⁴Que aquí se cita por la novena edición de Feltrinelli Editore, Milano, 2003, prefazione di Stello Rodota, cura di Alberto Burgio, traducción de las citas al español realizada por el autor de este artículo.

⁵*Storia moderna del Diritto penale tedesco, Una Introduzione*, 2ª ed., 2013, pp. 38 y ss.

⁶Sobre la tesis de Kant en relación con la pena de muerte, de otra opinión, Vormbaum, *Storia cit.* p. 50.

⁷Véase Kai Ambos, «Cesare Beccaria y la tortura, Comentarios críticos desde una perspectiva

actual», en *Revista Internacional de Derecho penal contemporáneo*, 36, 2011, p. 28; también en alemán: «Cesare Beccaria und die Folter, Kritische Anmerkungen aus heutiger Sicht», en *ZStW*, 122, 2, 2010, pp. 504-520.

⁸Para más detalles sobre este tema, me remito a mi artículo «Estado de necesidad y tortura, *Necessitas non habet legem?*», en *Homenaje a Santiago Mir*, Barcelona 2017.

⁹Véase por ejemplo las críticas de Jeremy Waldron, *Torture, Terror and Trade-Offs, Philosophy for the White House*, Oxford University Press, New York, 2010, que además de a Dershowitz critica también la opinión de otros autores americanos como Bybee o Yoo, quienes consideran que los malos tratos inflingidos a los prisioneros de Guantánamo no entran dentro del concepto de tortura, o que en todo caso las prohibiciones contenidas en las Convenciones de Ginebra no tienen aplicación en los USA.

¹⁰Vid. «Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità», en *Diritto político e diritto penale del nemico*, a cura de Gamberini e Orlando, Bologna 2007, pp. 128 y ss.

¹¹Me he ocupado en diversos trabajos sobre la idea Jakobs en relación con el Derecho penal del enemigo, para más detalles me remito a mis monografías *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, editorial Hammurabi 2ª ed., Buenos Aires 2008; y *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo*, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

¹²Me remito para ello al libro colectivo publicado por la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2016, *Cesare Beccaria y el control del poder punitivo del estado, Doscientos cincuenta años después*, compilado por Fernando Velásquez, Renato Vargas Lozano y Juan David Jaramillo Restrepo, con aportaciones de Velásquez, Ferrajoli, Ambos, Agudelo, Matus, Trapani, Escobar, Elbert, Llovet, Posada, Wolffhügel y Ramirez; y también la brillante introducción, estudio preliminar y notas de Nodier Agudelo Betancur, a la edición de la versión española de la obra de Beccaria, *De los delitos y de las penas*, ediciones Nuevo foro, Medellín 2016.

¹³* Versión resumida de la conferencia «Crisis y deconstrucción del modelo garantista de Derecho penal» pronunciada en el *XVIII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho penal* (León, 6/7/2017). Agradezco a mi apreciado colega Prof. Dr. Paulo C. Busato (Curitiba, Brasil) el fructífero intercambio de impresiones sobre los contenidos de la misma durante su estancia en Toledo como profesor invitado. El artículo se inserta en el Proyecto de Investigación, «Penas de prisión de larga duración. Un modelo aplicativo desde una perspectiva transversal» (DER2013-41655R/Ministerio de Economía y Competitividad).

Vid., p. ej., Terradillos (1981), (1986), (2006), (2010a), (2010b).

¹⁴Prieto (2011).

¹⁵Ferrajoli (1995), (2011).

¹⁶Sobre la teoría del derecho de Luigi Ferrajoli, Vid., entre otras referencias, Marcilla (2009), *passim*; Vives (2013), 281 y ss.

¹⁷Beccaria (1976).

¹⁸Vid., entre otras referencias, Zaffaroni (1989), pp. 521-552; Llobet (2005); Llobet (2013), pp. 255-270; Matus (Dir.) (2011); Ferrajoli (2014), pp. 51-63; Arroyo et al. (Eds.), 2016.

¹⁹Ferrajoli (1999).

²⁰Vid., entre otras referencias, Feijoo (2007); White (Ed.) (2011), Braithwaite & Pettit (2015); Duff (2015), Walter (2016); Kubiciel et al. (Hg.) (2017).

[21](#)Con más detalle, Demetrio (1995), Demetrio (2003).

[22](#)Prieto (2011), p. 11.

[23](#)Demetrio (2004), p. 114; Demetrio (2006), p. 429.

[24](#)Prieto (2011), p. 13 («La suya no es una función legitimadora, sino deslegitimadora del poder a la luz de un modelo ético o normativo que, en pocas palabras, es el modelo de los derechos humanos, *lógicamente* previos y condicionantes de todo el orden jurídico. El garantismo, rigurosamente positivista como veremos, no encuentra hoy su principal adversario en la venerable doctrina del Derecho natural, sino en los positivismos éticos que actualmente se multiplican bajo distintas etiquetas y ropajes y que pretenden siempre sumar al dato empírico de la positividad la noble aureola de la justicia»).

[25](#)A juicio de Prieto (2011), las garantías lo son al mismo tiempo de la libertad y de la verdad. A diferencia de lo que habrían venido a hacer la mayoría de las dogmáticas, el modelo del garantismo no tiene como misión describir y menos aún justificar lo existente. Se trataría además de una *teoría del derecho positivista*, una cuyo principal mérito radicaría en aunar los postulados del positivismo jurídico con los principios de la filosofía de la Ilustración (p. 13).

[26](#)Ferrajoli (1995) entiende por «garantismo», según una primera acepción, un *modelo normativo de derecho*, caracterizado en el plano epistemológico como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia (y maximizar la libertad), y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En una segunda acepción «garantismo» designaría una *teoría jurídica de la validez y de la efectividad*, como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto a la existencia o vigencia de las normas. Por último, la tercera acepción del «garantismo» sería una *filosofía política* que impone al derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye la finalidad de ambos (pp. 851 y ss.).

[27](#)A propósito de la separación entre derecho y moral, punto de partida clásico del iuspositivismo, señala críticamente Vives (2013), que la afirmación de Ferrajoli de que la separación entre derecho y moral es presupuesto necesario de cualquier teoría garantista ha de ser puesta en entredicho. En particular estima Vives que el positivismo jurídico parte de la idea de que las palabras de la ley tienen significado por sí mismas, pero que en realidad estas palabras se inscriben en un juego del lenguaje muy complejo en el que el sentido de las normas se halla entrelazado con las acciones que las aplican o trasgreden y las razones que las justifican (p. 300). A partir de la constatación, no por obvia menos cierta, de que «el proceso de positivización ha llegado a establecer entre Derecho y Moral una diferencia, no un abismo», este autor alcanza la conclusión de que la relación entre derecho y moral ha de ser algo más que una pura contingencia dado que pertenece a la «gramática profunda» de la palabra derecho (p. 306).

[28](#)Prieto (2011), pp. 24 y ss.

[29](#)En este sentido, Beck (2017).

[30](#)Prieto, 2011, p. 29.

[31](#)Prieto, 2011, p. 47.

[32](#)Prieto, 2011, p. 54.

[33](#)Prieto, 2011, p. 61.

[34](#)Prieto, 2011, p. 61.

[35](#)Ferrajoli, 1995, p. 852.

[36](#)Ferrajoli, 1995, p. 855.

[37](#)Sobre la interrelación entre fundamentación del Derecho penal e individualización judicial de la pena, entre otras referencias, Köhler (1983); Demetrio (1999), pp. 91 y ss.; últimamente, Grosse-Wilde (2017), pp. 9 y ss.

[38](#)Sobre los aspectos relativos a una completa teoría moral y política de justificación de las leyes penales, Cfr.: Paredes, 2013.

[39](#)Vid.: Atienza (2012), p. 21; ulterior desarrollo en Demetrio (2013).

[40](#)Prieto (2011) advierte que hay una *implicación lógica entre garantías primarias y secundarias* (p.ej. la prohibición del homicidio como garantía primaria del derecho a la vida y la obligación de sancionar actos ilícitos que atentan contra la vida como garantía secundaria) con los derechos, *pero no empírica*, en el sentido de que «los derechos constitucionales tienen una existencia previa a las garantías» y «los derechos no garantizados o mal garantizados no dejan de ser derechos» (p. 45). Cobra aquí relevancia la distinción entre *abstrakte Geltung* y *konkrete Geltung* referida al propio Estado de Derecho que fue esgrimida por Jakobs en el contexto del llamado «Derecho penal del enemigo» --al que luego nos referiremos-- y que tenía el sentido (presuntamente) de describir su existencia. Sin embargo, a lo que aquí nos referimos es a algo sustancialmente diferente, que tiene que ver con la vigencia real de los derechos cuando se aplican las garantías y no a su no vigencia cuando no se aplican o se aplican de modo insuficiente.

[41](#)Ferrajoli (2014), pp. 51 y ss. La *configuración del derecho penal como un sistema de garantías* fue enunciada de manera clara por Beccaria (2015) en el teorema general enunciado al final de su libro según el cual «*para que la pena no sea violencia ejercida por uno o por muchos contra un ciudadano particular debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la mínima posible en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes*» (p. 87). El *fundamento filosófico-jurídico de su pensamiento en torno a la legitimación del castigo*, toda vez que esta sólo se puede afirmar a partir del criterio de la absoluta necesidad, descansaría por un lado en el postulado contractualista de carácter utilitarista de «la máxima felicidad dividida entre el mayor número» (lo que le convertiría en un precursor de Bentham) y, por otro, en el postulado categórico según el cual «no hay libertad cuando la leyes permiten bajo algunas circunstancias que el hombre deje de ser persona y se convierta en cosa» (lo que le convertiría en precursor de Kant). Dice Beccaria (2015): «*Fue, pues, la necesidad la que constriñó a los hombres a ceder parte de la propia libertad: es, pues, cierto que cada uno no quiere poner de ella en el depósito público más que la mínima porción posible, la que baste para inducir a los demás a defenderlo. La agregación de estas mínimas porciones posibles constituye el derecho de penar: todo lo que exceda es abuso y no justicia; es hecho, no derecho*» (p. 73). A estos dos elementos clave cabría añadir su pronunciamiento contra la pena de muerte: «¿Cuál puede ser el derecho que se atribuyan los hombres para despedazar a sus semejantes? No ciertamente aquel del que derivan la soberanía y las leyes. (.) No es, pues, la pena de muerte un *derecho*, ya que he demostrado que no puede serlo, sino una guerra de la nación con un ciudadano, porque juzga necesaria o útil la destrucción de un ser: pero si demuestro que la muerte no es ni útil ni necesaria, habré ganado la causa de la humanidad» (p. 56).

[42](#)Buena muestra del momento que vivimos es la introducción en nuestro ordenamiento de la prisión perpetua, frente a la que podría hacerse valer en gran medida el pensamiento de Cesare Beccaria (Vid., p. ej., Acale, 2016; Arroyo et al. (Ed.), 2016).

[43](#)En el primero sigue siendo cierta la notoria mixtificación de los principios a la que se refirió hace algún tiempo Silva (2004), según la cual en principio se conservan, pero en realidad se ignoran debido a una pretensión eminentemente punitivista (p. 124). En el segundo, Pastor (2006) ha sugerido la incompatibilidad de la declaración del Preámbulo del Estatuto de Roma de evitar la impunidad con el garantismo, al tiempo que constata una cierta desacreditación a través del discurso punitivista de los Derechos Humanos (p. 179).

[44](#)Ferrajoli (1995), p. 104.

[45](#)Vid., por todos, Glenn (2013) y Somek (2014).

[46](#)Ferrajoli (2014), pp. 57 y ss.

[47](#)Con más detalle en Demetrio (2004).

[48](#)Vid.: AA.VV. (2000).

[49](#)Vid., p. ej.: Arroyo et al. (Coord.), 2003; Vives (2016).

[50](#)Schünemann (1996), pp. 30-31.

[51](#)Cfr., por todos, Silva (2011).

[52](#)Vid. Terradillos (2006) y (2010b); Demetrio (2014) y las referencias allí citadas.

[53](#)Cfr., por todos, Gracia (2003); Quintero (2004); Portilla (2007); Berdugo (2016).

[54](#)Cfr., entre otras referencias, Jakobs & Cancio (2003); Cancio & Gómez Jara (Coord.) (2006), Heinrich (2009), Polaino-Orts (2009).

[55](#)Con más detalle en Demetrio (2006).

[56](#)Jakobs (2003), pp. 42-43.

[57](#)Zaffaroni (2009), p. 370.

[58](#)Baratta (1984), pp. 533 y ss.

[59](#)Prieto Navarro (2000), p. 267; García Amado (2000), p. 288.

[60](#)Demetrio (2010), pp. 13 y ss.

[61](#)Müssig (1994), pp. 137 y ss.

[62](#)Sobre el alcance, entre otras referencias, Cfr.: Portilla (2005), Demetrio (2016).

[63](#)Jakobs (1996), p. 81.

[64](#)Por este motivo no puedo estar de acuerdo con la crítica formulada por Vives (2013) sobre el alcance de la crítica de Ferrajoli a Jakobs- ya que prevención general positiva en Jakobs no es simplemente, «un efecto inseparable de todo sistema penal bien calculado», sino la propia razón de ser del Derecho penal.

[65](#)Ferrajoli (2006), p. 17.

[66](#)Ferrajoli (2006), p. 16.

[67](#)Prieto (2011), p. 95.

[68](#)Prieto (2011), p. 83.

[69](#)Beck (2017), p. 17.

[70*](#) A Cádiz y su convulso período histórico en el primer tránsito liberal del Siglo XIX, mucho le debemos los pueblos americanos por nuestra emancipación política. En la línea del ideario ilustrado, el legado contra los excesos y arbitrariedades de un orden caduco no solo fue político: la estancia gaditana de Goya consagra en «Interior de prisión» (1793) la figuración de lo más excelso y crítico de su arte, para relieve en nuestra disciplina. Por ello, a Cádiz, junto a la persona de su insigne catedrático penal Juan Terradillos, vaya esta modesta contribución desde el confín del continente, con tanta admiración como renovada gratitud.

Para el estudio histórico de los condicionantes económico y político en España resulta fundamental reenviar a la obra de Pierre Vilar, *Historia de España*, Crítica, Barcelona, 1975.

[71](#)La galera se trata de una vieja nave, cuyos confusos orígenes pueden remontarse a los de la navegación misma, cuando generalmente usada con fines bélicos, combinaba la vela y el remo. Aunque sería el remo el sistema de tracción que la haría famosa tanto en la historia como en el ámbito penal, hasta quedar relegada por los adelantos técnicos. En su primera época, en la que el sistema de construcción naval no está perfeccionado y no se puede contar más que con la fuerza motora de los galeotes o del viento, los remeros desempeñan un papel trascendente. De modo que cuando llegaban a escasear los remeros voluntarios, el Estado los recluta de los sectores más bajos de la sociedad: esclavos, gitanos y reclusos.

Es en este inicio cuando en el siglo XVI la pena tiene carácter conmutable y se aplica a aquellos delitos castigados con penas corporales, destierro perpetuo y otras similares. Esta conmutación, que en principio supone un favor --debido a que no resulta una pena irreversible, como por ejemplo la mutilación-- hacia aquellos presos que no han cometido delito grave, se convierte de hecho en una cualificación, ya que las galeras, solo en teoría, tienen el carácter de no perpetua. Posteriormente la conmutación se extiende a los delitos aún más graves, como los crímenes de lesa majestad, homicidios, falsificaciones de moneda, época en la que hay todavía más falta de remeros para incrementar la armada.

Las penalidades del condenado a galeras y su durísima vida aparecen reflejadas de un modo muy descriptivo en la literatura de la época: los galeotes son trasladados, generalmente a pie, con grilletes y cadenas a sus puertos de embarque y, por lo general, han estado durante varios meses encerrados en una cárcel esperando justamente el ser embarcados. Una vez llegados a la nave se les ata con la misma cadena al barco, momento a partir del que comienza su actividad de bogar. A este duro trabajo cabe añadir la falta de alimentación adecuada y las constantes enfermedades que ello provoca, favorecidas por las heridas de guerra, las tempestades y los castigos a que son sometidos. Acerca de esta pena, detalles explicativos en Rodríguez Ramos, Luis, *La pena de galeras en la España moderna*, en ADPCP, 1978, pp. 259 y ss.

[72](#)Es en este sentido se señala que: «en este mundo de la cárceles de los siglos XVI y XVII llegó a reflejarse, como una trasposición de los modelos organizativos sobre los que descansaba, la sociedad española de la época. La mayor parte de los presos estaba constituida por elementos desclasados, en franca actitud de desavenencia con los valores morales del orden imperante, cuyos principios básicos cuestionaban» (Gacto Fernández, Enrique, *La vida de las cárceles españolas de la época de los Austrias*, en «Historia 16, Cárceles en España: Cinco siglos de horror», Extra 7, octubre, Madrid, 1978, p. 22).

[73](#)Sobre ello, la indispensable referencia de Anes, Gonzalo, *Economía e Ilustración en la España del Siglo XVIII*, Ariel, Barcelona, 1969.

[74](#)La referida pena de galeras es suprimida a partir de 1748, momento desde el que los autores de delitos infamantes son castigados por un número igual de años (a los que les corresponderían en galeras) a trabajos forzados en la mina de Almadén o en las colonias de África. La condición física y la robustez del penado aconsejan una u otra pena. De todos modos, cuando las necesidades militares así lo exigen, estas penas son conmutadas y enviado el penado al servicio de armas, ya sea por el tiempo que le falte para cumplir la sentencia, ya sea por el período establecido por la autoridad. Acerca del sentido castrense y su proyección al ámbito carcelario, *Vid.*, Sanz Delgado, Enrique, *Los*

orígenes del sistema penitenciario español: Abadía y Montesinos, en TERRADILLOS BASOCO, Juan (coord.), «Marginalidad, cárcel, las "otras creencias": primeros desarrollos jurídicos de "La Pepa"», Colección Bicentenario, Cádiz, 2008. Del mismo, *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Edisofer, Madrid, 2003.

[75](#) Tomás y Valiente, Francisco, *Las cárceles y el Sistema Penitenciario bajo los Borbones* en «Historia 16, Cárceles en España: Cinco siglos de horror», Extra 7, octubre, Madrid, 1978, pp. 69 y ss.; también, del mismo, «Manual de Historia del Derecho Español», 4ª edición, Madrid, Tecnos, 2004.

[76](#) Vilar, Pierre, *La historia de España*, cit.

[77](#) Cfr. Sarrailh, Jean, *La España Ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII*, FCE, México, 1957 y también Blanco Martínez, Rogelio, *La Ilustración en España y en Europa*, Endymion, Madrid, 1999.

[78](#) El folleto *Dei delitti e delle pene* constaba en su origen con solo ochenta páginas impresas y apareció primero en forma anónima en la toscana italiana en 1764. En menos de dos años se dieron cinco ediciones en aquel territorio y, remitido a D'Alembert a París para la edición francesa, se contaron siete ediciones en el propio año de su publicación. En España, favorecida por una situación propicia pasajera entre 1764 y 1777, cuando Pablo de Olavide, Pedro Rodríguez de Campomanes y Pedro Pablo de Aranda eran los mayores representantes del reformismo de la era de Carlos III, fue publicado en 1774 a partir de la traducción de Juan Antonio de las Casas --que fue recordado en la correspondencia epistolar del Marqués con referencia al famoso obispo de Chiapas Bartolomé de las Casas, célebre defensor de los indios en América-- a cargo de la imprenta de Joaquín Ibarra. Lamentablemente fue prohibido el 20 de junio de 1777 por el Santo Oficio, que incautó cuantos ejemplares fueran posibles, aunque no pudo impedir su trascendencia.

[79](#) Había sido sobrino del Obispo de Puebla y nació en la hacienda de San Juan del Molino en Tlaxcala, México, en 1739, trasladándose a España recién en 1759. Antes, supo realizar estudios en Bellas Letras y Filosofía y recibió el grado de bachiller en Teología por la Universidad de México. Más tarde, en la metrópoli, obtuvo el bachiller en Leyes y en Cánones por las Universidades de El Burgo de Osma y Valladolid, respectivamente. Fue elegido supernumerario de la Academia Española en 1770 y académico de número en 1775. En 1777 fue designado Secretario, cargo que desempeñó hasta su renuncia en 1814. Fue Consejero de su Majestad Carlos III, Alcalde del Crimen de la Real Cancillería de Granada, Fiscal de la Sala de Alcaldes de Corte y Fiscal del Consejo de Castilla, al que representó en la Asamblea de Bayona de 1808. Prontamente se conmemora el bicentenario de su muerte, en 1820.

Sobre su vida y pensamiento, Vid. Blasco Fernández de Moreda, Francisco Lardizábal, El primer penalista de América española, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1957; Casabó Ruiz, José Ramón, *Vida y obra de Manuel de Lardizábal y Uribe* en José Luis de la Cuesta Iñaki Dendaluze Enrique Echeburúa (comp.) «Criminología y derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al profesor Antonio Beristain» Instituto Vasco de Criminología, Donostia-San Sebastián, 1989, pp. 103 y ss.; Rivacoba y Rivacoba, Manuel de (con la colaboración de José Luis Guzmán D'Albora), *Estudio preliminar. Manuel de Lardizábal o el pensamiento ilustrado en Derecho penal* en Lardizábal y Uribe, Manuel de, «Discurso sobre las penas», Vitoria, Arateko, 2001.

[80](#) *Discurso sobre la legislación de los visigodos y formación del Libro o Fuero de los Jueces*, en Real Academia Española, «Fuero Juzgo en Latín y Castellano cotejado con los más antiguos y preciosos códigos por la Real Academia Española», Madrid, 1815, pp. 3 y ss. En la segunda mitad del siglo XVIII, bajo el reinado de Carlos III, se promulgaron varias pragmáticas inspiradas en las ideas humanitarias de la Ilustración y, además, el Consejo de Castilla le había encargado que elaborara este extracto. También llegó a redactar un Plan de Código Criminal de 1787, que no llegó a fructificar.

[81](#) La primera edición aparece en Madrid en 1782 por la imprenta de Joaquín Ibarra, con amplias referencias a la obra de Beccaria, siendo que --además-- se trataba del mismo editor. Su prólogo se

inicia con la siguiente expresión: «Nada interesa más a una nación, que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y, en gran parte, la buena constitución y seguridad del Estado». En la obra expuso los principios ilustrados en los que debería fundarse el próximo Código Penal.

[82](#)Sobre ello, Antón Oneca, José, *Historia del Código Penal de 1822* en ADPCP, 1965, pp. 263 y ss. En nuestro medio, actualmente, cfr. Silva Forné, Diego, *La codificación penal y el surgimiento del Estado liberal en España*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, Nº 7, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, pp. 233 y ss.

[83](#)Se lo identifica como nacido (s/f) en Alhama de Granada y graduado por la Universidad de Granada, aunque su nombre plantea ciertas dudas. Es conocido como Marcos Gutiérrez para diferenciarlo de otros criminalistas apellidados Gutiérrez. Se sostiene que en 1783 solicitó el examen de abogado donde figura como Marcos José Gutiérrez. También que en una relación de méritos enviada a la Cámara de Castilla, en 1790 figura como Marcos José Gutiérrez Morales. No obstante, como según se afirma, en el *Compendio de las varias resoluciones de Antonio Gómez*, publicado en 1789 ya figura como José Marcos Gutiérrez. Se sospecha que debió morir en 1818 o 1819, pues la edición de este último año ya fue a costa de su heredera, Josefa Gutiérrez. Sobre ello, cfr. Ortego Gil, Pedro, «Entre jueces y reos. Las postrimerías del Derecho penal absolutista», Madrid, Dykinson, 2015, p. 28.

[84](#)Editada en Madrid por Benito García y Compañía en 1804, con posteriores ediciones: la segunda en 1818-1819, repartida en tres tomos, Imprenta de Fermín Villalpando y otras reestampas en 1824, 1826 y 1828. Lleva la obra en su primera edición unos *Preliminares*, que desde la segunda, convenientemente retocados, figuran como apéndices de la Parte tercera de la *Práctica*. El título es «*Discurso sobre los delitos y las penas*. Publícale el Licenciado don José Marcos Gutiérrez para mayor ilustración, la más fácil inteligencia y el mejor uso de las doctrinas contenidas en la Parte tercera de su *Práctica Criminal de España*». El autor confiesa en su prólogo que la doctrina se la debe a Manuel de Lardizábal, «español (¿?) sabio e ilustrado», aunque advierte que lo complementa y adelanta: «Además de contener este Discurso todo cuanto trae el señor Lardizábal, contiene mucho más, por abrazar más su objeto y haberse adelantado no poco en las materias criminales que después escribío».

Sin negarse esta filiación y el empeño por sentar presupuestos filosóficos del castigo, se pretendió desconocerle carácter filosófico y científico al texto (Gutiérrez Fernández, Benito, «*Examen histórico del Derecho penal*», librería de Sánchez, Madrid, 1866, p. 432) y reducir a su autor a un mero práctico tardío (Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, 3ª edición, Losada, Buenos Aires, 1964, p. 858): «*Práctica* no es otra cosa que un resumen, con cierto valor sistemático, de la legislación vigente entonces en España. La publica Gutiérrez, editor del *Febrero*, "para complemento de esta obra que carecía de tratado criminal". Tuvo gran fortuna y se enseñó en las Universidades españolas. Todavía la hemos visto citada en las sentencia de ahora firmadas por jueces argentinos». También se dijo (Saldaña, Quintiliano, *Estudio preliminar* en Bonesa, César, Marqués de Beccaria, «*El Derecho Penal (De los delitos y de las penas)*», Madrid, Editorial Hernando, 1930, p. 28), y todavía hoy se reproduce (Prieto Sanchís, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración española* en Arroyo Zapatero, Luis y Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio (Dir.), «Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam», Vol. I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca 2001, p. 507) que no hay una sola cita directa de Beccaria, aunque no deja de ser mencionado por vehículo de Lardizábal.

[85](#)«Después de la Suma de las leyes penales, de Pradilla Barnuevo, publicada en 1613, adicionada luego por D. Francisco de la Barreda en nueva edición de 1621, y más tarde todavía por D. Juan Calderón en edición de 1639, no creo que haya otra obra tan apropósito como la de Gutiérrez para conocer las prescripciones de nuestra legislación criminal antigua, puestas por orden. En el tiempo en que Gutiérrez escribió, parece, por todos los indicios, que el libro de Pradilla estaba enteramente olvidado, y los jueces y demás personas que intervenían en la administración de justicia penal se hallaban enfrente de un enorme fárrago de disposiciones de muy difícil busca, contradictorias además las unas de las otras muchas veces, caídas en desuso en ocasiones. Por eso, la exposición ordenada

que de ellas hizo D. José M. Gutiérrez tuvo una excelente acogida, siendo grande el servicio que prestaba en la práctica. Pero el verdadero mérito del libro en cuestión no consistía solamente en esto, ni es por esto por lo que yo lo menciono. Consistía en que su autor, hombre de muchísima lectura, se había asimilado las doctrinas reformistas de la época y las había incorporado a su trabajo. En varios lugares de éste, rebosa aquel espíritu liberal y filantrópico que es tan característico de los hombres ilustrados de entonces, aquel espíritu generoso, altruista, según decimos hoy, tolerante, hasta bonachón y cándido, que tan bien encarnaron nuestros legisladores de Cádiz, los que decretaron que todos los españoles fueran justos y benéficos. Contiene, por otra parte, la obra, a modo de apéndice, un Discurso sobre los delitos y las penas, en el que se reproduce en parte, y en parte se completa, el de Lardizábal» (Dorado Montero, Pedro, *El derecho protector de los criminales*, Nueva edición, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1915, p. 502/503).

[86](#)El uso de esta obra «debió ser muy frecuente entre los hombres dedicados al estudio y a la práctica penal» Sainz Cantero, José, *El informe de la Universidad de Granada sobre el Proyecto que dio lugar al Código Penal de 1822*, en *ADPCP*, 1967, p. 515.

La «Práctica Criminal de España» se vendía en Buenos Aires a través de su publicación en la Gaceta Mercantil (Díaz, Sandra Liliana, *Los libros jurídicos en los avisos de la Gaceta Mercantil (1830-1852)*, en *Revista de Historia del Derecho*, nº 29, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2001, pp. 250 y ss.).

En México el texto se editó bajo el nombre de «Práctica forense criminal. Obra publicada por el licenciado Don José Marcos Gutiérrez, útil y necesaria a los Jueces, Abogados, Escribanos, Procuradores, Agentes de negocios y toda clase de personas», primera edición mexicana adicionada, Imprenta de Juan R. Navarro, México, 1850.

En cada uno de los tomos aparece un «apéndice» arreglado al Derecho mexicano por el licenciado Joaquín Martínez Iñigo Rojas. En ese medio, rescata el valor de la obra Efrain Urzúa, Macias, «La práctica criminal de José Marcos Gutiérrez», en *Criminalia*, Año XVIII, nº 2, febrero 1952, pp. 83 y ss.

[87](#)Repárese en la vocación de autor para la orientación legisferante: «Para que las penas sean justas, convenientes y útiles, son indispensables en ellas varios requisitos. Uno de los mas esenciales es que las dicte y prescriba el legislador, cuya alta prerrogativa es una de las mas principales del trono, del cual no puede separarse. De aquí es, que los jueces deben circunscribirse en sus sentencias contra los reos a los castigos decretados en las mismas leyes, sin que les sea lícito escederse en manera alguna de ellas. De otra suerte se rompería el dique que contiene el torrente de las opiniones y las pasiones de los hombres; reinarían la arbitrariedad, ignorancia, incertidumbre, confusión y desórden en las causas criminales, y no sabrían los ciudadanos, como deben saberlo, y es muy conveniente lo sepan, calcular los peligros y males a que les esponian sus delitos». *Vid., Discurso...*, p. 34.

[88](#)Las características de la legislación penal vigente hasta entonces, es resumida así: «desde un ángulo de pura justicia, era un Derecho generador de desigualdades, cargado de privilegios, que permitía juzgar a los hombres en atención a su condición social; desde el punto de vista legislativo, constituía un Derecho heterogéneo, caótico, cimentado sobre un conglomerado incontrolable de ordenanzas, leyes arcaicas, edictos reales y costumbres; en la vertiente de la seguridad individual, contenía múltiples arbitrariedades, que acrecentaban tanto los jueces como el Monarca; era además excesivamente riguroso y cruel. Fundado sobre el doble pilar de la expiación moral y la intimidación colectiva, prodigaba los castigos corporales y la pena de muerte, para cuya ejecución se preveían refinamientos de crueldad cuando se trataba de determinados delitos» (Sainz Cantero, José A., *La ciencia del derecho penal y su evolución*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 46).

[89](#)El triunfo de las ideas de la Ilustración produjo como consecuencia, aparte de la elaboración de Constituciones, el proceso de Codificación en materia civil y penal para derogar el Derecho del Antiguo Régimen y sustituirlo por modernos cuerpos unificados de leyes --los Códigos-- que garantizaran la seguridad jurídica y un conocimiento de las materias jurídicas básicas asequible a todos los ciudadanos y que incorporaran los principios liberales y las nuevas concepciones sobre el

funcionamiento social. En Francia se aprobaron en materia penal los CP de 1791 y de 1810 (Código de Napoleón). Estas tendencias se fueron implantando en las legislaciones de la Europa continental en torno al progreso de las conquistas napoleónicas, y en España se imponen por primera vez, paradójicamente en medio de la resistencia a la invasión napoleónica, en las Cortes de Cádiz.

[90](#)El Código de 1822, terreno de lucha de las ideas conservadoras del antiguo régimen y de las liberales reformistas, tiene escasa vigencia, ya que entra en vigor oficialmente el 1 de enero de 1823 (aunque parece ser que el Tribunal Supremo y las demás Audiencias no lo hayan aplicado teniendo en cuenta la resistencia a aprender y aplicar una ley distinta y complicada), y es derogado el 1 de octubre del mismo año cuando, por el triunfo de la reacción, se anulan todos los actos del llamado gobierno constitucional y se declara además que el Código era «nulo en su origen, ilegal en su formación e injusto en su contenido».

[91](#)Originariamente el texto que se ofrece hoy ampliado y con notas en homenaje a Juan Terradillos constituyó una ponencia en el Seminario sobre la Constitución de México de 1917 en el marco del constitucionalismo occidental organizado por Javier Díaz Revorio en el marco del curso *Título de Especialista en «Justicia Constitucional, interpretación y aplicación de la Constitución»*, con la participación de los colegas mexicanos Sergio García Ramírez, Rafael Estrada y Miguel Carbonell en Toledo el 4 de julio de 2017. Agradezco a Antonio Baylos, Catedrático de Derecho del Trabajo de la UCLM, y a su amigo Óscar Alzaga (México) los valiosísimos materiales proporcionados para captar el espíritu de una época y las aspiraciones y hechos de la clase trabajadora.

[92](#)La última edición en español es: J. REED, *México insurgente*, Renacimiento, Sevilla 2016, traducción de Aurora Rico y prólogo de Manuel Neila, la primera en inglés se publicó en 1914. Su visita a México tuvo lugar en otoño de 1913. Su pasión por el progreso le llevó a San Petersburgo y vivió la revolución soviética, sobre la que compuso *Los diez días que estremecieron al mundo*.

[93](#)Ver P. I. TAIBO II, *Temporada de zopilotes*, Planeta, Ciudad de México 2000; M. MÁRQUEZ STERLING, *Los últimos días de Madero*, Miguel Ángel Porrúa (editor), Ciudad de México 2013; A. ARNAIZ, «Madero y Pino Juárez 1913-1963», en Miguel Ángel Porrúa (editor), Ciudad de México, 2013, A. SABORIT, *Febrero de Caín de metralla. La decena trágica. Una Antología*, ediciones Cal y Arena, Ciudad de México 2013.

[94](#)Soneto de ALFONSO REYES, además de en sus obras completas, puede verse en la edición del Colegio de México: *Alfonso Reyes. Escritos a la muerte de mi padre*, con ilustraciones de Emiliano Gironella, Ciudad de México, 2014, en la página 51 con el título de «9 de febrero de 1913», fechado el 24 de diciembre de 1932 en Río de Janeiro.

[95](#)O. ALZABA, G. CORTÉS y P. VILLEGAS (coordinadores), «Trabajo y democracia hoy», *Las 100 luchas obreras del Siglo XX*, nº 128, México D. F. 2000. Y la revista «Lux», 1914, Revista del Sindicato Mexicano de Electricistas, nº monográfico de 1939, con motivo de los XXV años de su creación.

[96](#)V. J. ESTERES y R. GIL, «La casa del Obrero mundial». [www.antorcha.net/biblioteca virtual/historia/con/casaobrerosmundial](http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/historia/con/casaobrerosmundial), 2003. Consultado el 1 de julio de 2017.

[97](#)Vid. sobre esta personalidad A. ORDÓÑEZ, *Devoradores de Ciudades, cuatro intelectuales en la diplomacia mexicana*, Ediciones Cal y Arena, México 2002, pp. 125 y ss. y 16. Sobre su papel en la acogida de los refugiados españoles en Francia v. *La ciudad de México vista y leída por un penalista del Mancha* y *La balsa de piedra de la ciencia penal liberal: México y el INACIPE*, ambas en prensa.

[98](#)Vid. sobre estas peripecias A. ORDÓÑEZ, *Devoradores de Ciudades*, cit., pp. 125 y ss.

[99](#)V. testimonio en *Revista Lux*, 1935, pp. 27 y ss.

[100](#)V. en D. BÓRQUEZ, *Crónica del Constituyente 1916-1917*, cit., pp. 93-97

[101](#)V. en BÓRQUEZ, *Crónica del Constituyente*, cit., más adelante, p. 118.

[102](#)J. CASANOVA, *La venganza de los siervos*. Rusia 1917, Editorial Crítica, Barcelona 2017.

[103](#)Una visión de conjunto puede verse en T. HALPERIN DONGHI, *Historia contemporánea de América Latina*, Alianza Editorial, Madrid 2005, pp. 280 a 357.

[104](#)Publicado por ediciones Botas en 1938 con el seudónimo de DJEAD BÓRQUEZ, *Crónica del Constituyente 1916-1917*, Presentación de Medardo Serna González y prólogo de Jaime Hernández Díaz, Edición de Miguel Ángel Porrúa, C. de M. 2016. Bohórquez había sido secretario particular del general yaqui Lino Morales.

[105](#)Sobre el proceso de la Revolución vid. una síntesis en J. GARCÍADIEGO, *La Revolución*, en *Nueva Historia Mínima de México Ilustrada*, Pablo Escalante y otros. El Colegio de México, Ciudad de México 2008, pp. 393-467; J. SILVA HERZOG, *Breve Historia de la Revolución Mexicana, los antecedentes y la etapa modernista*, FCE, México 1995.

[106](#)Puede verse tanto el texto como los debates en el portal www.constitucion1917gob.mx.

[107](#)E. KRAUZE, *El nacimiento de las instituciones* Tusquets, México 2015, sobre Luis N. Morones y la legislación laboral. Vid. pp. 175 y ss.

[108](#)N. DE BUEN LOZANO, *El nacimiento del Derecho del trabajo*, en Archivos-juridicos.unam.mx, biblioteca virtual (acceso 26.7.2017), p. 43, lo que puede verse también en su *Derecho del Trabajo*, 12ª ed. Porrúa, 1999.

[109](#)E. DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad Democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1966. Al respecto puede verse *Revisión de Elías Díaz*, edición de L. Hierro, F. Laporta y A. Ruiz Miguel, especialmente Raúl Morodo en pp. 47 y ss.

BIBLIOGRAFÍA:

AA. VV (2000), *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, Granada; Acale, María (2016), *La prisión permanente revisable: ¿pena o cadalso?*, Iustel, Madrid; Arroyo, Luis A. et al. (Coord.) (2003), *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca; Arroyo, Luis A. et al. (Ed.) (2016), *Metáfora de la crueldad: la pena capital de Cesare Beccaria al tiempo presente*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca; Arroyo, Luis et al. (Ed.) (2016), *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca; Baratta, Alessandro (1984), «Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», *CPC*, nº 24, pp. 533-552; Atienza, Manuel (2012), «Constitucionalismo y Derecho penal», en S. Mir Puig / M. Corcoy Bidasolo (Dir.), *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, Madrid et al., pp. 19-39; Beccaria, Cesare (2015), *Tratado de los delitos y de las penas*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid (<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/20199>); Beck, Ulrich (2017), *La metamorfosis del mundo*, Paidós, Barcelona; Braithwaite, John / Pettit, Philip (2015), *No sólo su merecido*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires; Cancio, Manuel & Gómez-Jara (Coord.) (2006), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* (Vol. I y II), Edisofer/BdeF, Madrid et al.; Berdugo, Ignacio (2012), *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid; Demetrio, Eduardo (1995), «El Pensamiento abolicionista», en R. Diego Díaz Santos / E. Fabián Caparrós (coord.), *Reflexiones sobre las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Tecnos, Madrid, pp. 35-52; Demetrio, Eduardo (1999), *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca (2ª ed., 2017, BdeF, Montevideo-Buenos Aires); Demetrio, Eduardo (2004), «Del Derecho Penal liberal al Derecho penal del enemigo», en *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2ª Época), nº 14, UNED, Madrid, pp. 87-115; Demetrio, Eduardo (2006), «El derecho penal del enemigo darf nicht sein. Sobre la ilegitimidad del llamado derecho penal del enemigo y la idea de seguridad», en M. Cancio Meliá &

C. Gómez-Jara Díez (Ed.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer/BdeF, Madrid/Montevidéo-Buenos Aires, pp. 473-509; Demetrio, Eduardo (2010), «Crítica al funcionalismo normativista», *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 3, pp. 13-26; Demetrio, Eduardo (2013), «Constitución y sanción penal», en *Libertas*, nº 1, pp. 57-110; Demetrio, Eduardo (2014), «El significado político del Derecho penal económico», en E. Demetrio Crespo (Dir.) / M. Maroto Calatayud (Coord.), *Crisis financiera y Derecho penal económico*, Edisofer/BdeF, Madrid/Montevidéo-Buenos Aires, pp. 3-19; Demetrio, Eduardo (2016), «Derecho penal del enemigo y teoría del derecho», en G. Portilla Contreras / A. I. Pérez (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo en el Siglo XXI. Un análisis penal y político-criminal*, Ratio Legis, Salamanca, pp. 35-45; Duff, Antony (2015), *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires; Feijoo, Bernardo (2007), *Retribución y prevención general*, BdeF, Montevidéo-Buenos Aires; Ferrajoli, Luigi (1995), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta; Ferrajoli, Luigi (1999), *La ley del más débil*, Trotta, Madrid; Ferrajoli, Luigi (2006), «El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal», *NFP*, nº 69, pp. 13-31; Ferrajoli, L. (2011), *Principia iuris: Teoría del derecho y de la Democracia. Tomos I y II*, Madrid: Trotta; Ferrajoli, Luigi (2014), «La actualidad del pensamiento de Cesare Beccaria», *Jueces para la Democracia*, nº 79, pp. 51-63; García, Juan Antonio (2000), «¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal», *Doxa*, nº 23, pp. 233-264; Glenn, Patrick (2013), *The Cosmopolitan State*, Oxford, Oxford University Press; Gracia, Luis (2003), *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia; Grosse-Wilde, Thomas (2017), Thomas, *Erfolgsszurechnung in der Strafzumessung*, Mohr Siebeck, Tübingen; Heinrich, Bernd (2009), «Die Grenzen des Strafrechts bei der Gefahrprävention. Brauchen oder haben wir ein "Feindstrafrecht"», *ZStW* (121) Heft 1, pp. 94-130; Jakobs, Günther & Cancio, Manuel (2003), *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, Madrid; Jakobs, Günther (1996), *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid; Jakobs, Günther (2003), «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en G. Jakobs & M. Cancio, *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, Madrid, pp. 19-56; Köhler, Michael (1983), *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung (erortert am Problem der Generalprävention)*, R.v.Decker's & C. F. Müller, Heidelberg; Kubicel, Michael et al. (Hg.) (2017), *Hegel's Erben? Strafrechtliche Hegelianer vom 19. bis zum 21. Jahrhundert*, Mohr Siebeck, Tübingen; Llobet, Javier E. (2005), *Cesare Beccaria y el Derecho penal de hoy*, 2ª ed., Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica; Llobet, Javier E. (2013), «La actualidad del pensamiento de Beccaria», en F. Velásquez Velásquez et al. (Coord.), *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro Homenaje a Nodier Agudelo Betancur*, Ibáñez et al., pp. 255-270; Marcilla, Gema (ed.) (2009), *Constitucionalismo y garantismo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá; Matus, Jean Pierre (Dir.) (2011), *Beccaria 250 años después*, BdeF, Montevidéo-Buenos Aires; Müssig, Bernd (1994), *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt am Main: Lang; Paredes, José Manuel (2013), *La justificación de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia; Pastor, Daniel R. (2006), *El poder penal internacional*, Atelier, Barcelona; Polaino-Orts, Miguel (2009), *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*, Grijley, Lima; Portilla, Guillermo (2005), «Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal», *RGDP*, nº 4, pp. 1-27; Portilla, Guillermo (2007), *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia; Prieto, Evaristo (2000), «Teoría de sistemas, funciones del Derecho y control social. Perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal», en *Doxa*, nº 23, pp. 265-288; Prieto, Luis (2011), *Garantismo y Derecho penal*, Iustel, Madrid; Schünemann, Bernd (1996), *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá; Quintero, Gonzalo (2004), *Adónde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*, Civitas, Madrid (2ª ed., 2016); Silva, Jesús Mª (2004), «Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica», *Revista Penal*, nº 13, pp. 138-150; Silva, Jesús Mª (2011), *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed., Edisofer-BdeF, Montevidéo-Buenos Aires; Somek, Alexander (2014), *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford University Press, Oxford; Terradillos, Juan (1981), *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal, Madrid; Terradillos, Juan (1986), «Constitución y ley penal: la imposible convergencia», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 11, pp. 651-666; Terradillos, Juan (2006), «Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal económico», en *Nuevo Foro Penal*, nº 70, pp.

86-115; Terradillos, Juan (2010a), «El Estado de Derecho y el fenómeno del terrorismo», en J. R. Serrano-Piedecabras Fernández y E. Demetrio Crespo (Dir.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid; Terradillos, Juan (2010b), «Financiarización económica y política criminal», en J. R. Serrano-Piedecabras Fernández y E. Demetrio Crespo (Dir.), *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Colex, Madrid, pp. 129-152; Vives, Tomás S. (2016), «Estado autoritario y adelantamiento de la "línea de defensa penal"», en M^a. L. Maqueda Abreu et al. (Coord.), *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, pp. 365-381; Vives, Tomás S. (2013), «Ferrajoli y después: una reflexión sobre los fundamentos de la teoría del derecho», *teoría & derecho*, n^o 13, pp. 281-327; Walter, Tonio (2016), *Strafe und Vergeltung - Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips*, Nomos, Baden-Baden; White, Mark D. (Ed.) (2011), *Retributivism. Essays on Theory and Policy*, Oxford University Press; Zaffaroni, Eugenio R. (1989), «La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal mundial», ADPCP (42), pp. 521-552; Zaffaroni, Eugenio R. (2009), «El antiterrorismo y los mecanismos de desplazamiento», en JR. Serrano-Piedecabras & E. Demetrio Crespo (Dir.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid, pp. 359-378.

ÍNDICE:

I. ESTUDIOS DE PARTE GENERAL

1. La investigación en Derecho penal

Investigar en derecho penal: las enseñanzas de un Maestro

Esther Hava García

Hacia una dogmática jurídico penal como sistema abierto

María José Rodríguez Mesa

Contexto, interdisciplinariedad y dogmática penal

Diana Patricia Arias Holguín

La implantación de los estudios oficiales de criminología en España

José Luis Díez-Ripollés

Derecho Penal y Psiquiatría. De cómo una psiquiatra se aventuró por el mundo penal y criminológico siguiendo al Prof. Terradillos

Julia Cano Valero

Diversidad cultural y Derecho penal

Guillermo Portilla Contreras

Reformas penales y gobernar a través del delito: el caso peruano

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Bienes jurídicos, valores y derechos: satisfacción de necesidades y lucha por el reconocimiento

Mercedes Alonso Álamo

Derecho penal y utopía garantista: una visión latinoamericana

Juan Oberto Sotomayor Acosta

Notas básicas sobre la autoría a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP español): Autoría y significado específico del hecho

Carlos Martínez-Buján Pérez

Sobre la interpretación en Derecho Penal

Iván Meini

2. Evolución histórica de la Ciencia del Derecho penal

Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura

Francisco Muñoz Conde

Metamorfosis del Derecho penal del Estado de Derecho

Eduardo Demetrio Crespo

La Ilustración hispana frente al encierro punitivo: la obra de Lardizábal en su discípulo Joseph Marcos Gutiérrez

Alejandro W. Slokar

1917: La Constitución del Estado social y democrático de derecho en México

Luis Arroyo Zapatero

3. Constitución y ley penal: la imposible convergencia

Exigencias normativas de legitimidad en la ley penal. Constitución y teoría de la legislación penal

Gloria González Agudelo

Los tipos de omisión impropia y el principio de legalidad estricta

Luis Fernando Niño

4. Política y Derecho penal en Europa

¿El Brexit es un reto para la política criminal de la Unión Europea?

María Acale Sánchez

El proceso de integración penal europea

José Luis de la Cuesta Arzamendi

Cultura política de la UE y racionalidades penales nacionales: Reflexiones sobre la penalidad migratoria

José Ángel Brandariz García

El paradigma de la privación de libertad de solicitantes de protección internacional en Europa: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. el Derecho de la Unión Europea

Esther Pomares Cintas

Abusos de mercado y Derecho penal: España e Italia frente al impulso europeo

Adán Nieto Martín

Luigi Foffani

5. Peligrosidad social y Estado de Derecho

A vueltas con el Derecho penal de la peligrosidad

Rafael Rebollo Vargas

Los disfraces de la peligrosidad (la pena del delito común contra la propiedad)

Raúl Zaffaroni

Los «anormales» y su discriminación penal

Nicolás García Rivas

6. Consecuencias jurídicas del delito

¿Penas o medidas?: del garantismo a la confusión

Mercedes García Arán

El castigo de la delincuencia económica y el riesgo de derecho penal de autor

Gonzalo Quintero Olivares

Nuevas tendencias penológicas: hacia la penología del control

Borja Mapelli Caffarena

La prisión permanente revisable: crónica de una derogación anunciada

María del Mar Martín Aragón

7. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

El órgano de cumplimiento en la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: indefiniciones y precisiones

Norberto J. de la Mata Barranco

La conveniencia de la responsabilidad penal de los partidos políticos

Joan Baucells Lladós

Sobre las inconcebibles naturaleza y función penales y sancionatorias de las erróneamente denominadas «penas», medidas de seguridad «penales» u otra especie de sanciones «penales» aplicables a personas jurídicas

Luis Gracia Martín

8. Justicia penal de transición, impunidad y memoria

Ley de Amnistía. Cuarenta años después

Araceli Manjón-Cabeza Olmeda

II. ESTUDIOS DE PARTE ESPECIAL

1. El Derecho penal de la Globalización

Violencia e impunidad: Examen al Estado

Arturo Ventura Püschel

Francisco Javier Álvarez García

La violencia como elemento del delito de rebelión

Miriam Cugat Mauri

Delimitación de las modalidades de conducta en el delito de atentado: el significado de agredir, acometer y oponer resistencia

María del Mar Carrasco Andrino

Francisco Javier Álvarez García

Actualizar la prohibición del genocidio y las masacres

Ramón Sáez Valcárcel

Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de Derechos Humanos en el marco del Derecho penal internacional

Ana Isabel Pérez Cepeda

Derecho penal y exclusión social. El «top manta» en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial

Margarita Martínez Escamilla

La protección penal del crédito después de la crisis económica

Hernán Hormazábal Malarée

La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis. Análisis jurisprudencial

Juan Muñoz Sánchez

Regulación del cannabis: aportes político-criminales para la construcción de alternativas al modelo prohibicionista de control de las drogas

Diego Silva Forné

2. Corrupción

Corrupción pública en Latinoamérica

Fabián Luis Riquert

Crimen organizado, corrupción y responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú

José Ugaz S. M.

El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la Administración pública y por soborno transnacional en el debate parlamentario argentino de 2017

Carlos Julio Lascano

Delito de «cohecho electoral»

Lorenzo Morillas Cueva

«Rendición de cuentas y transparencia» como instrumentos de lucha contra la corrupción de los partidos políticos

M^a José Rodríguez Puerta

3. Derecho penal económico y de la empresa

La protección penal del consumidor digital

Luis Ramón Ruiz Rodríguez

El fantasma del administrador de hecho y otras cuestiones fundamentales en los delitos societarios

José Manuel Ríos Corbacho

Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal colombiano

Fernando Velásquez Velásquez

Valoración de la vigente tutela penal de la propiedad intelectual tras la reforma del Código de 2015

Luis Rodríguez Moro

La vigencia de la categoría delito de cuello blanco cuando los delitos socioeconómicos se comenten en contextos normalizados

Laura Zúñiga Rodríguez

Estafa y fraude de subvenciones: una revisión de sus relaciones concursales

M^a del Carmen Gómez Rivero

¿Nueva alternativa a la pena en materia penal tributaria y previsional en Argentina?

Marcelo A. Riquert

Delito de defraudación tributaria y blanqueo de capitales. Reflexiones en supuestos de regularización tributaria con efectos penales

Fermín Morales Prats

El paralelismo procedimental en la persecución del delito de defraudación tributaria

Juan Carlos Ferré Olivé

4. Delitos patrimoniales

A vuelta con el principio de proporcionalidad, de «non bis in idem» y la multirreincidencia en el delito de hurto: Análisis de la STS 481/2017, de 28 de junio

Carmen Salinero Alonso

5. Derecho penal del trabajo

Contextualizando el «Derecho Penal del Trabajo»

Antonio Baylos Grau

El empresario, principal sujeto obligado a garantizar un medio de trabajo seguro y saludable

Joaquín Aparicio Tovar

¿Existió alguna vez un verdadero Derecho penal del trabajo?

Manuel Jesús Dolz Lago

Derecho penal del trabajo en Colombia

Alfonso Cadavid Quintero

Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa?

Eduardo Ramón Ribas

Pesca ilegal y contratación de trabajadores extranjeros: la Sentencia Varepi

Inma Valeije Álvarez

Proxenetismo lucrativo: ¿una modalidad diferente de explotación laboral?

Beatriz Cruz Márquez

A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?

Ignacio F. Benítez Ortúzar

El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo

Fernando Navarro Cardoso

¡Se acabaron las mayorías absolutas parlamentarias! Una crónica política hacia la descriminalización del ejercicio del derecho de huelga

Rosario de Vicente Martínez

La conducta típica del delito de coacciones a la huelga (art. 315.3 CP)

Bárbara San Millán Fernández

La técnica de tipificación y su relación con la aplicación de los delitos que protegen la vida y la salud de los trabajadores

Cristina Méndez Rodríguez

Disfunciones del sistema judicial en el ámbito penal de la siniestralidad laboral

María Revelles Carrasco

La siniestralidad laboral como delito: consecuencias aplicativas

Rosa M. Gallardo García

Siniestralidad laboral y responsabilidad penal por delitos contra la vida o la salud cometidos en comisión por omisión imprudente en el ámbito empresarial

Carmen López Peregrín

La incidencia de la «nueva» imprudencia menos grave en la siniestralidad laboral

M^a José Cuenca García

6. El delito de inmigración ilegal y la trata de personas

El CP español como paradigma del Derecho de la «crimigración»

Diego Boza Martínez

Reconocimiento del derecho de asilo en España a mujeres víctimas de violencia de género

María del Rosario Gómez López

Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres humanos

María Luisa Maqueda Abreu

7. Protección penal del medio ambiente: luces y sombras

La red para la protección ambiental en el Código penal tras la reforma de 2015: los resultados típicos

Paz M. de la Cuesta Aguado

El medio ambiente y la necesidad de coordinación policial como medio de investigación

Antonio Vercher Noguera

Incertidumbre científica y certeza jurídica. La plasmación del Principio --medioambiental-- de precaución en Derecho penal

Mariana N. Solari Merlo

Protección penal del medio ambiente en la Unión Europea. Luces y sombras

Maria Marquès i Banqué

Compliance ambiental: aspectos esenciales, a la luz de la reforma penal de LO 1/2015, de 30 de marzo

Elena M. Górriz Royo

8. Ideología y valores religiosos en el Código Penal

Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados

Patricia Laurenzo Copello

9. Terrorismo y Derecho

El terrorismo global yihadista: ¿Límites a un derecho penal exagerado?

Juan Carlos Campo Moreno

Reflexiones sobre el terrorismo: del terrorismo nacional al terrorismo global

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

La dimensión política del terrorismo

Carmen Lamarca Pérez

Terrorismo: entre el derecho penal y la seguridad nacional

Antonio M. Díaz Fernández

Contraterrorismo

José L. González Cussac

Inteligencia y contrainteligencia en Chile. El monopolio de la violencia estatal frente al terrorismo y sus distorsiones

Myrna Villegas Díaz

Cristian Parada Bustamante

Reflexiones actuales sobre la lucha contra el terrorismo

Miguel Ángel Núñez Paz

Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal

María Luisa Cuerda Arnau

Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»

Juan Carlos Carbonell Mateu

Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos «Cesar Strawberry» y «Cassandra Vera»

Fernando Miró Llinares

De la prevención del blanqueo de capitales a la de la financiación del terrorismo

Patricia Faraldo Cabana

III. ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL

La reparación de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el Derecho Penal

Octavio García Pérez

Sobre los altos tribunales y la «mística» de la intermediación

Perfecto Andrés Ibáñez

Audiencias tempranas y justicia restaurativa en el campo penal juvenil en Costa Rica

Álvaro Burgos

Documento TOL6.932.361

Doctrina

Título: LIBER AMICORUM. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco

Autores: [Gloria González Agudelo](#), [Luis Fernando Niño](#)

Fecha: 11/2018

Número epígrafe: 3

Título epígrafe: Capítulo 3. Constitución y ley penal. La imposible convergencia

TEXTO:

3. Constitución y ley penal: la imposible convergencia

Exigencias normativas de legitimidad en la ley penal. Constitución y teoría de la legislación penal

Gloria González Agudelo

Profesora Titular de Derecho Penal

Universidad de Cádiz

En esta ocasión especial, por la expresión conjunta de un merecido reconocimiento académico y, sobre todo, una coincidencia común en los afectos, quiero manifestar mi personal muestra de admiración y cariño al profesor Juan Terradillos Basoco, por lo que representa en la disciplina penal, pero especialmente por lo que ha significado en mi trayectoria personal, como maestro y amigo, siempre cariñoso, atento y oportuno en las múltiples pruebas que una dilatada colaboración personal, académica y profesional entraña. Cuando se hace un alto en el camino y nos permitimos reflexionar en aspectos que superan la norma penal para centrarnos en las personas, podemos y debemos reconocer el valor de quienes nos han ofrecido una guía intelectual impecable y un acompañamiento afectivo, leal e inquebrantable. Reconozco y agradezco su apoyo y maestría como un privilegio, del que espero seguir nutriéndome y disfrutando en años venideros.

I. POLÍTICA CRIMINAL Y CONSTITUCIÓN

En los albores del constitucionalismo español posterior a 1978, con toda la labor de construcción de la democracia española por delante, el interés y preocupación por la incidencia de la Constitución en el sistema penal, especialmente en la ley penal, se materializó en un permanente y fructífero proceso reflexivo tanto doctrinal como jurisprudencial que aún hoy perdura, a pesar de los avatares que conlleva este empeño, básicamente por el alejamiento entre la realidad y la norma y, sobre todo, por la evidente crisis de la Carta del 78, cuyo punto álgido ha sido el proceso independentista catalán del otoño de 2017.

Algunas de estas dificultades son expuestas en una etapa aun temprana del proceso democrático por el profesor Terradillos, en su artículo «Constitución y ley penal. La imposible convergencia» (1986)¹, donde comprueba la distancia entre los principios inspiradores de la tipificación penal y los criterios normativos constitucionales, mostrando a través de una labor de taxonomía legislativa penal, como los criterios selectivos en la criminalización operan discriminatoriamente haciendo inviable la aspiración de la realización de los valores superiores y los principios Constitucionales que deben orientar todo el ordenamiento jurídico, lo que resulta obvio, cuando se parte del presupuesto incontestable de una sociedad no igualitaria.

En los muchos trabajos que desde aquella época ha desarrollado el autor, se constata --particularmente frente a la delincuencia económica o la legislación especial (terrorismo-drogas-extranjería)--², como este abismo entre normatividad y efectividad es insalvable, teniendo en cuenta que los criterios político-criminales que sustentan el orden penal parten de una

posición estructuralmente diferenciada entre los distintos miembros. A pesar de lo anterior, con el pragmatismo que le caracteriza y una opción personal decidida por los derechos y las garantías individuales, el profesor Terradillos ha sabido hacer una relectura de los mandatos, principios e instituciones penales en clave constitucional, para contribuir, de manera muy relevante, en la construcción de un modelo penal constitucional --aún en proceso-- acorde con los presupuestos del Estado Social y democrático de Derecho, que está en su base. Conviene destacar en su análisis su patente interés en los límites y presupuestos que definen las vías por las que han de discurrir los sucesivos procesos de criminalización-descriminalización, siempre con el horizonte de un estricto respeto al principio de intervención mínima --pues hablamos del derecho penal--, lo que exige en cada caso plantearse la necesidad, merecimiento y oportunidad de intervención penal³. Este proceso requiere algo más que la referencia a normas abstractas constitucionales, que no pueden convertirse en muleta para las más variopintas opciones teóricas o prácticas en función de intereses contingentes, pues, como señala el autor: «Hoy se exige que la investigación sobre la cuestión penal detecte y jerarquice problemas, diseñe estrategias pluridisciplinarias para afrontarlos --inclusivas, es obvio, de la dogmática más depurada--, integre saberes y profesionales que sometan la valoración jurídica y la decisión política al contraste del dato empírico, y que ofrezca a la sociedad --para la que el investigador trabaja-- soluciones que, en el marco del Estado de Derecho, den cumplida respuesta preventiva a la desviación y al crimen»⁴.

El intento de establecer un vínculo creíble en la relación entre facticidad y validez⁵, como denomina Habermas a este polo de tensión entre los mandatos normativos y la realidad a la que van dirigidos, pasa por la reconstrucción de la «idealidad inmanente a la facticidad de la realidad», a través de la reelaboración de los discursos formadores de opinión y preparadores de la decisión en que está inserto el poder democrático ejercido en forma de Derecho. De ella se puede obtener, como afirma el autor, «un estándar crítico con el que poder juzgar las prácticas de una realidad constitucional que se ha vuelto inabarcable»⁶; claro está, si somos capaces de establecer relaciones convincentes entre las formas de comunicación articuladas en términos de Estado de Derecho (formación de la voluntad política --producción legislativa-- práctica de las decisiones judiciales) y las necesidades funcionales; ambas, parte de un proceso más amplio de racionalización de las sociedades modernas, sometido a la presión de los imperativos sistémicos.

Ciertamente las nuevas coordenadas sociales, económicas y políticas por las que transita la ley penal obligan a replantear muchos de los institutos y principios que han modulado la disciplina penal durante los pasados siglos. Teniendo en cuenta los cambios constatados en la situación actual de la cuestión criminal, la discusión sobre las preconcepciones establecidas y aceptadas referidas al poder político y específicamente sobre el poder punitivo, los riesgos sin precedentes de la sociedad tecnológica y globalizada y la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, cabe preguntarse si efectivamente es posible encontrar principios de política criminal racionales, que incluyan el uso del recurso penal, en el marco de una sociedad democrática, como parte de su acervo --aunque reconociendo su limitada capacidad-- y si este empeño objetivo deriva siempre de la Constitución, en este caso ¿exclusivamente?

II. RACIONALIDAD DE LAS LEYES Y LA TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN

La racionalidad de la legislación puede analizarse, al menos, desde tres puntos de vista diferentes⁷: en primer lugar, en relación con la legislación en cuanto tal, es decir, indagando que función cumple en correspondencia con todo el sistema jurídico y con otros elementos del mismo, o en su papel en la evolución de los sistemas jurídicos. En segundo lugar, la racionalidad legislativa, puede examinarse desde el punto de vista del proceso de producción de las leyes y trataría de precisar en qué condiciones --si esto es posible-- puede considerarse racional la actividad del legislador. Finalmente, puede hacerse referencia a la racionalidad del resultado de ese proceso, es decir, puede indagarse en torno a la racionalidad de las leyes. La reivindicación, por tanto, de una teoría de la legislación penal que vaya más allá del simple acomodo a los procedimientos formales preestablecidos⁸, introduciendo una serie de exigencias procesales que garanticen no sólo la observancia de ciertos aspectos formales y materiales en la fase de producción de las leyes penales, sino también la correcta expresión de esta voluntad en el acto concreto, deviene en una exigencia de visibilidad de la formación discursiva de la voluntad general en la ley, y no debe ser el resultado de la imposición de grupos de intereses. Como

señala Donini⁹: «... hemos ahora comprendido que un estudio del derecho penal sin la dimensión de los principios y sin la ciencia de la legislación, no es más que el conocimiento de una técnica de poder y de control».

No debe confundirse, sin embargo, la teoría de la legislación con la técnica legislativa, pues esta última no pasa de ser un método que utiliza el conocimiento científico para obtener unos resultados a partir de datos previos, por lo que se plantea como objetivo la optimización técnica de la producción de las leyes; mientras que la teoría de la legislación se ocupa de la reflexión en torno a problemas más abstractos y amplios desde una perspectiva general. Sin embargo, ambas conforman dos niveles de análisis que conjuntamente forman lo que se denomina «ciencia de la legislación»¹⁰.

El concepto genérico de ley penal puede entenderse de diferentes maneras¹¹. En primer lugar, se utiliza como sinónimo de acto-fuente que contiene la totalidad de la norma penal o parte de ella, haciendo referencia especialmente a la posición del acto en la jerarquía de fuentes, y a las características de la formulación del acto (reserva de ley y determinación). En segundo lugar, se hace referencia a una serie de principios referidos a la aplicación de la norma (interpretación, irretroactividad, validez en el espacio); y, en tercer lugar, se alude a una acepción «sustancial», menos utilizada, entendida como la voluntad política de producir las normas penales, o como el procedimiento político-institucional de su formación, sentido en el cual pueden formularse principios relativos al procedimiento de la voluntad legislativa penal. Así pues, de acuerdo con este planteamiento, la ley penal puede ser analíticamente analizada desde cuatro puntos de vista diferentes: la fase de la voluntad legislativa, la fase de su formulación en el acto-fuente, la fase de su interpretación, y la fase de aplicación de la norma penal. Por ello, una teoría de la legislación penal que, por supuesto, debe hacer parte de una teoría general de la legislación --que a su vez sería encajada en una teoría del Derecho en íntima conexión con la teoría social--, puede ofrecer criterios claros de orientación de la actividad legislativa penal en dos fases, principalmente, en la de formación de la voluntad legislativa y en la de su formulación, que, conjuntamente, constituirían lo que se conoce normalmente en la literatura sobre la legislación, como el proceso de producción legislativa. En suma, desde esta perspectiva se hace referencia a la política legislativa como la técnica de estructuración de la norma¹². Así las cosas, una teoría de la legislación penal debería ser capaz de ofrecer rendimiento en el proceso de producción legislativa, mínimamente en estos niveles:

- a) Requisitos de formación racional de la voluntad legislativa: formales y sustanciales.
- b) Principios de orientación político-criminal que deben presidir la incriminación y la sanción penal.
- c) Significación y adopción del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* con todos sus corolarios: reserva de ley, determinación, taxatividad e irretroactividad.

Si bien todos y cada uno de estos aspectos deben ser tenidos en cuenta en cualquier momento del proceso de incriminación, pueden presentar características propias dependiendo de la fase concreta en la que deben ser puestos en práctica. De esta forma puede decirse que:

- a) En la fase de formación de la voluntad legislativa penal, además de los requisitos procedimentales de formación democrática de la voluntad general, desde la óptica de la teoría de la legislación penal, los principios de una política criminal racional deben incidir directamente sobre el contenido de la opción legislativa incriminatoria y sobre la sanción; específicamente, los principios de ofensividad y de *extrema ratio*, doctrinalmente consolidados pero en demasiadas ocasiones políticamente olvidados. Diez Ripollés¹³ propone algunos aspectos imprescindibles que debería considerar una futura teoría de la legislación penal: información adecuada en torno a la realidad social sobre la que se quiere operar y las posibles consecuencias de esa intervención, determinación clara de las necesidades sociales que se pretenden satisfacer, efectos sobre la opinión pública, dificultades operativas, etc. Se introduce así la exigencia del conocimiento científico que solo puede aportar la criminología como presupuesto en el proceso de producción legislativa penal. En este sentido conviene precisar, que ninguna reforma penal puede justificarse sin una sólida base comparatística,

criminológica, penológica y con un profundo conocimiento de la praxis judicial, que no sólo ofrezca criterios para una correcta sistematización entre parte general y especial, señalando correctamente la fenomenología que sustenta las nuevas incriminaciones y las técnicas adecuadas de intervención, sino que también evite introducir en el sistema sancionatorio opciones meramente simbólicas, ya sea en el catálogo de sanciones o en su posible utilización caso por caso, sobre todo, sin consideración a su practicabilidad¹⁴. La idea de eficacia en la ley penal es un criterio que debe estar presente pero no en el sentido de máxima coerción posible o terror, sino en el de eficiencia, esto es, buscando el logro de los fines sociales perseguidos con el menor costo posible, incluyendo aquí los valores libertad e igualdad.

b) En la fase de manifestación de la voluntad legislativa, los principios que deben inspirar la labor del legislador pueden ser distintos, según se haga referencia a la naturaleza del acto al cual debe reservarse la previsión de la norma penal, caso en el que se alude al principio de reserva de ley, o puede hacerse referencia a las características de la forma de expresión de la ley penal, supuesto en el que se estaría hablando del principio de determinación de la prohibición. En suma es lo que se conoce como el principio de legalidad y sus corolarios, en su vertiente formal. Un postulado general de necesaria aceptación política, como el principio de legalidad, admite entonces un análisis diferenciado a la luz de las razones de validez exigibles en cada uno de los momentos donde debe surtir sus efectos (fase de producción/fase de aplicación). Por ello, si se parte en su examen de una postura que supere el positivismo formalista, exigiendo algo más que la observancia de los procedimientos previamente establecidos por la ley como suficientes para garantizar la validez de las normas, es necesario un replanteamiento del mismo a la luz de los nuevos criterios de legitimación exigidos por el Estado social y las circunstancias que la moderna sociedad del riesgo implica en lo que tiene que ver con su eficacia, teniendo siempre como eje el reconocimiento del hombre como ser autónomo. Así pues, el proceso de producción de las leyes no debe quedar reducido al cumplimiento de meras formalidades, razón por la cual puede ser confrontado desde diversos puntos de vista, que, a su vez, responden a distintas justificaciones o racionalidades. Desde esta perspectiva, no pueden descalificarse anticipada y definitivamente los principios como mera metafísica, pues la práctica social y la institucionalización de los mecanismos adecuados de organización y funcionamiento de la sociedad exigen puntos de referencia constantes con los cuales confrontar no sólo los fundamentos y límites de las instituciones y las decisiones, sino también la legitimidad de los fines y medios utilizados para el logro de los objetivos de autorganización social --normalmente recogidos en la Constitución--. El principio de legalidad es una buena prueba de ello, pues en la medida que se ha constituido en el principio nuclear del Estado de Derecho, no sólo ha sido utilizado simbólicamente para dar apariencia de legitimidad a las más variadas y cuestionables opciones legislativas, sino que también, y a su vez, ha sido el medio a través del cual los logros colectivos e individuales, producto de arduas y largas luchas por el reconocimiento, han obtenido carta de naturaleza, haciéndose extensivos a todos los sectores sociales y obligando a la limitación del poder del Estado. Sin embargo, no debe perderse de vista que por sí solos los principios, y específicamente el principio de legalidad, no pueden resolver las carencias y déficits democráticos que la respectiva sociedad presenta como fruto de las condiciones históricas o de la manipulación e instrumentalización de las necesidades e intereses individuales y sociales, razón por la cual se requiere además del análisis del principio y sus condicionantes, reflexividad constante respecto al contenido y su extensión con miras a que efectivamente sirvan en el objetivo de profundización democrática a la que se aspira.

Según Atienza¹⁵ es posible distinguir cinco modelos o niveles de racionalidad en la actividad legislativa: en primer lugar, la *racionalidad comunicativa o lingüística*, nivel en el cual el orden jurídico es visto como un sistema de comunicación en el cual el emisor (edictor) --en su sentido amplio y no considerando como tal sólo al Parlamento--, debe ser capaz de transmitir con claridad el mensaje al destinatario, que necesariamente no tiene que ser el receptor formal de la norma. En segundo lugar, la *racionalidad jurídico-formal*, pues la nueva ley debe insertarse armoniosamente en el sistema jurídico. En tercer lugar, la *racionalidad pragmática*, acorde con la cual la conducta de los destinatarios debe adecuarse a lo prescrito en la ley. En cuarto lugar la *racionalidad teleológica*, pues la ley tiene que alcanzar los fines sociales perseguidos; y, finalmente, la *racionalidad ética*, dado que las conductas prescritas y los fines de las leyes presuponen valores, que tendrían que ser susceptibles

de justificación ética. Cada uno de estos modelos tiene su propia racionalidad interna gracias a la cual es viable descubrir en cada uno de ellos las posibles irracionalidades y proponer los correctivos que permitan incrementar las escalas de racionalidad descritas. Pese a todo lo anterior, no puede magnificarse la función que le correspondería a una teoría de la legislación, por el riesgo de manipulación ideológica que conlleva. La pregunta por la legislación, desde la perspectiva de una teoría omnicomprendensiva, es el resultado de la crisis de la ley en el Estado social, y tiene que inscribirse dentro de un proceso de análisis más amplio que comprenda al Derecho como un instrumento más en la sociedad actual; análisis que obviamente, no puede reducirse a la ley, y mucho menos, pretender la construcción de «modelos exportables» válidos para todo tiempo y lugar.

III. LA NORMATIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO PENAL

Dentro de la amplia problemática constitucional y ubicando el centro de interés en el tema que nos ocupa, no puede prescindirse de la referencia a un aspecto que incide en todo el ordenamiento jurídico y muy especialmente en el Derecho penal. Se hace alusión al tema de la normatividad de la Constitución que se vincula estrechamente con el contenido posible de las prohibiciones penales. El tema de la normatividad de la Constitución hace referencia a las relaciones de poder, al punto de asegurarse por muchos autores que las cuestiones constitucionales no son asuntos jurídicos, sino cuestiones de poder, en la medida que son las interrelaciones de las distintas fuerzas de un país las que determinan las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad¹⁶.

El problema queda planteado, entonces, en los siguientes términos: ¿tiene el Derecho constitucional fuerza propia, de forma tal que pueda incidir autónomamente en la evolución política, social y jurídica de una comunidad? o ¿es exclusivamente la interrelación de fuerzas --de todo tipo-- desde sus posiciones de poder quien desempeña este papel? Si se analiza este interrogante un poco más, y se avanza hasta el ámbito penal donde la pena y las prohibiciones penales han sido utilizadas históricamente para la consecución de los fines del poder --la mayoría de la veces con independencia de otras consideraciones--, la cuestión por decidir sería si la Constitución y su ámbito normativo tiene la suficiente fuerza para imponerse también aquí, o el campo penal es un espacio autónomo, que evidencia con meridiana claridad la separación entre el modelo normativo y la efectividad del ordenamiento, estando a disposición del poder, especialmente en épocas de crisis. Está claro que esta pregunta no se dirige a cuestionar la jerarquía de la Constitución en cuanto fuente formal de Derecho, a la que debe acomodarse la producción --también formal-- de leyes penales, sino que pretende una respuesta en el orden material de los contenidos y límites de las prohibiciones penales y de la pena, con miras a establecer si la fuerza normativa de la Constitución (reglas y/o principios y/o valores) se impone siempre (o al menos debería imponerse) en la producción legislativa penal, o es la fuerza de los hechos y, especialmente, la correlación de fuerzas políticas las que determinan en un momento dado, las prohibiciones penales.

Este interrogante no tiene una respuesta unívoca, pues depende de la posición de donde se parta, exigiendo una postura clara respecto del mismo concepto de normatividad de la Constitución y su alcance. Así, si se entiende que la realidad del Derecho se reduce a la norma --dentro de un esquema lógico-jurídico--, y se excluyen de la realidad normativa los demás factores que puedan servir en el análisis (como por ejemplo los factores axiológicos, ideológicos y socio-culturales concebidos como extrajurídicos o metajurídicos), la visión es referencialmente positiva¹⁷. En este esquema debe deducirse que la norma y esas otras cuestiones a las que se ha aludido no se tocan a menos que el ordenamiento jurídico positivo las haya introducido como elemento «normativo». Por el contrario, si se admite que las normas jurídicas no están contenidas exclusivamente en reglas cuya estructura responda al silogismo lógico, sino que están abiertas a otras posibilidades, entonces, los derechos, los valores y los principios estarían llamados a completar y actualizar permanentemente el sentido del ordenamiento por la referencia material que implican --dentro del orden jurídico positivizado--¹⁸. El tema es complejo y requiere varias precisiones:

1. En referencia a los derechos fundamentales

Debe afirmarse que éstos, según ALEXY, se convierten en un asunto jurídico, cuando la

Constitución somete a la legislación, al poder ejecutivo y al poder judicial a las normas de los derechos fundamentales, y, además, se da un exhaustivo control a través del Tribunal Constitucional. Si se acepta esta premisa, la importancia de las normas relativas a derechos fundamentales para el sistema jurídico resulta de dos aspectos principalmente¹⁹: a) *su fundamentabilidad formal*, que se obtiene porque estas normas están en la cúspide de la estructura escalonada del orden jurídico (KELSEN), y por tanto son derecho directamente vinculante para la legislación, el poder ejecutivo y el poder judicial, y b) *su fundamentabilidad material*, que se obtiene porque con los derechos y normas iusfundamentales se toman decisiones sobre la estructura normativa básica del Estado y de la sociedad. De la primera se deduce que en el sistema jurídico, además de unos contenidos que son posibles desde el punto de vista de la Constitución, existen otros constitucionalmente necesarios, y otros constitucionalmente imposibles. La segunda tiene lugar en atención al objeto de su regulación, pues normalmente se trata de materias de gran importancia, y así, por ejemplo, puede entenderse que la libertad o la igualdad no sólo interesan a un ámbito parcial del Derecho, sino a todos los ámbitos jurídicos. Por ello, la forma como se resuelve esta cuestión se constituye en un asunto básico para todos.

Las normas iusfundamentales irradian sus efectos a la totalidad del ordenamiento jurídico, lo que trae consecuencias de gran alcance. Interesa destacar que si una Constitución mixta material-procedimental no determina los contenidos del Derecho pero excluye iusfundamentalmente algunos y exige otros como iusfundamentalmente necesarios --lo que vale para todos los procedimientos de creación del Derecho, incluido el contrato entre particulares--, ha de concluirse que por la vigencia de las normas iusfundamentales, el sistema jurídico está materialmente determinado por la Constitución²⁰. Desde esta perspectiva, la fundamentabilidad formal y material de todo el ordenamiento jurídico por estas normas implica límites positivos y negativos a la actividad de producción e interpretación del Derecho --con mayor razón en el orden penal--. Debe reiterarse, no obstante, que fundamentación no hace referencia ni a ontologización, ni a determinación, lo que significa que el contenido concreto de la norma jurídica sub-constitucional no está previsto por la Constitución.

2. En referencia a los valores y a los principios

Debe señalarse que en este asunto la polémica es muy intensa, centrándose básicamente en su naturaleza jurídica. Nuevamente, siguiendo a ALEXY²¹, puede afirmarse que existen tres formas de argumentar respecto a la diferencia entre las reglas y los principios: la primera, sostiene la separación estricta entre las reglas y los principios, ya que cada uno de ellos tiene una estructura lógica diferente, y por tanto, esta diferencia es cualitativa²²; la segunda tesis sostiene la separación débil admitiendo que son diferentes, pero esta diferencia sólo está en el mayor grado de generalidad de los principios ya que entre ellos existe una relación de parecido de familia²³; y por último, la tercera sostiene la coincidencia afirmando que no existe diferencia lógica entre norma y principio, pues las características que pueden atribuirse a estos últimos pueden atribuirse también a las primeras²⁴. Sin entrar en la polémica iusnaturalismo-positivismo, que no es necesaria para diferenciar entre normas-reglas y normas de principios, aquí se acepta que la interpretación que entiende esta diferencia sólo por el grado de determinación que cada una de estas categorías hace respecto a los supuestos fácticos a que se refieren --configurándose las reglas como preceptos cerrados y los principios como preceptos abiertos--, es la que ofrece mayor rendimiento, pues sostiene que entre ambos no existe una diferencia cualitativa sino funcional, y los principios sólo se caracterizarían por ciertos rasgos, como su generalidad, su vaguedad, etc²⁵. Además exige, para predicar su validez --al igual que con el resto de las normas--, que una regla de reconocimiento o la práctica de los operadores jurídicos así lo acrediten, lo que permite moverse dentro del marco jurídico positivizado, separándolo de otros ámbitos donde estos mismos principios o valores también son relevantes²⁶.

Si se acepta la irradiación de la fuerza normativa de la Constitución a todo el ordenamiento jurídico y, además, se entiende que en ella se comprende la vinculación sustancial a las normas iusfundamentales (derechos y sus garantías) y a los principios y valores contenidos en la propia

Constitución --no sólo a las reglas jurídicas--, se debe concluir que esta vinculación opera en todo los sectores del ordenamiento jurídico y no exclusivamente desde el punto de vista formal en el tema de fuentes del Derecho, sino de la vinculación sustancial de sus contenidos. Esta observación, no tiene nada de original, y, sin embargo, tampoco es pacífica. Desde el punto de vista aquí adoptado supone que no puede existir en el Estado constitucional de Derecho una valoración exclusivamente formal del principio de legalidad, pues ésta siempre supone una referencia material por referencia a los derechos, valores y principios asumidos por la Constitución. Por lo tanto, la incorporación de éstos al sistema jurídico en el Estado constitucional implica que la ley no sólo cumple una función de limitación del arbitrio estatal, sino también de garantía personal y social a través de los mismos.

A pesar de lo anterior, la referencia permanente a principios y valores constitucionales no implica un acuerdo sobre su alcance y contenido, mucho menos sobre su normatividad. Aquí se opta por otorgar a los valores y principios fuerza normativa propia, concretada en la norma que los contiene, concluyendo que cumplen una función fundamentadora en la positivización, pues dotan de contenido material a las distintas instituciones del ordenamiento jurídico; además de desarrollar una función orientadora en la interpretación, pudiendo por tanto, ejercer una función crítica o de control. Esto no obsta para anclar muchos de los principios de garantía penal contruidos dogmáticamente en el plexo de normas constitucionales, que tiene en la dignidad de la persona y los derechos fundamentales el fundamento del orden jurídico.

De acuerdo con Donini²⁷ la individualización de un núcleo penal constitucional, lo que Arroyo²⁸ denomina el «programa penal de la Constitución», está unido a la apertura democrática a una política criminal «inspirada, más no deducida de la Constitución», y por ello se requiere de una labor más amplia y no sólo de hermenéutica constitucional, sino también dogmático-penal y comparatística. En cualquier caso señala, que actualmente junto con la Constitución también en otros principios superiores internacionales o supranacionales, se encuentran numerosos parámetros de valor positivo, y no sólo negativo, que no dependen de la «libre gestión de los partidos políticos»²⁹. La Constitución, afirma Carbonell³⁰, no contiene una política criminal preestablecida, pues en este caso sería un programa político y no el marco para una convivencia pacífica y pluralista, aunque sí marca unas líneas programáticas generales y contiene un sistema de valores.

Así pues, puede decirse que los principios constitucionales en materia penal, esto es, los principios que acuñados por la doctrina penal contemporánea ponen en contacto la Carta Magna y el sistema punitivo, sirven para predeterminar el diseño del poder penal del Estado, aunque no configuren un catálogo cerrado, así el Código penal debe entenderse como una especie de «Constitución en negativo»³¹.

IV. CONCLUSIÓN

Debe exigirse al Estado --como monopolizador del recurso legal a la coacción--, no sólo contar con poder legítimo, también ejercerlo legítimamente. El *ius puniendi*, como máxima expresión del ejercicio de la violencia estatal, no es ajeno a este proceso, y, por ello, tanto las decisiones sobre los objetos de protección que estima fundamentales, como la forma de hacerlo y su intensidad debe ser justificada racionalmente. El problema es que frente a un Derecho penal liberal, que respondía a principios de limitación de un Estado absolutista y, por ende, estaba basado en el aseguramiento de la libertad como valor supremo, se alza hoy un Derecho penal que responde a otros postulados, especialmente preventivos y asegurativos.

Más allá de cualquier objetivo funcionalista o de prevención está la barrera infranqueable de la dignidad, la libertad y la igualdad del hombre, es decir, su reconocimiento como persona. En este marco deben someterse a crítica constante los instrumentos de control social, especialmente el sistema penal, y replantearse las relaciones entre las distintas disciplinas que se ocupan de la cuestión criminal para que no solo se cumplan eficientemente las finalidades asignadas al sistema en su conjunto, sino también, se minimicen los riesgos del uso del instrumento penal para los derechos de las personas³². Hay una ligazón evidente entre teoría y práctica, la conceptualización y teorización

tiene una finalidad pragmática y no pueden desconectarse, por lo que debe ser tenido en cuenta por todos los actores que participan en la discusión.

Las propuestas que intentan conectar la dogmática con la realidad a través de construcciones basadas en categorías criminológicas o axiológicas enmarcadas en el derecho constitucional o intentan limitar la acción estatal en el uso del poder punitivo con base en los derechos fundamentales y el principio democrático, son todas posibilidades teóricas desarrolladas por la doctrina con miras a poner freno al poder ilimitado y van más allá puesto que se aspira a fijar criterios materiales que permitan realizar juicios de legitimidad. A partir de estas consideraciones debe entenderse que la norma que contiene las prohibiciones penales debe ser parte de un todo coherente. Consecuentemente, debe responder a las finalidades asignadas al Derecho penal en el marco del modelo político del Estado Social y Democrático de Derecho, a los principios que constitucionalmente se imponen a la regulación penal, a los principios doctrinal y jurisprudencialmente consolidados en esta disciplina, y a una labor legislativa adecuada e interrelacionada con los presupuestos anteriores, que responda a las exigencias democráticas de representación, protección, seguridad y certeza, exigibles a las leyes penales.

Así pues, la ley penal no se legitima autorreferencialmente, pues se exige que la opción del legislador pueda ser controlable por la Corte Constitucional a partir de las normas y los principios constitucionales, sin que esto implique la imposición de determinados contenidos como materialmente necesarios; éstos, por el contrario, deben ser el fruto de una política criminal pluralista y consensuada con base en el modelo asumido previamente en la Constitución.

Los tipos de omisión impropia y el principio de legalidad estricta

Luis Fernando Niño

Magistrado de la Cámara Nacional de

Casación en lo Criminal y Correccional

I. INTRODUCCIÓN

El tema con el que me sumo al merecido homenaje a Juan Terradillos Basoco, es uno de los que más arduos debates ha generado en el ámbito de la doctrina penal clásica y contemporánea. Lo escojo en esta ocasión porque se encuentra en marcha en mi país, Argentina, una reforma integral del Código Penal³³, plexo normativo vigente desde 1922 pero descompuesto en su notable equilibrio original por las novecientas reformas parciales en él introducidas. La discusión pendiente en la doctrina y la jurisprudencia nacionales no permite vislumbrar aun cuál ha de ser la técnica con que habrá de abordárselo en esta ocasión.

Vale consignar que se trata de la tercera iniciativa de esa índole en lo que va del Siglo XXI. En el año 2007 se dio a conocer un anteproyecto de ley de reforma y actualización de dicho cuerpo de leyes³⁴, debido a una comisión de reconocidos penalistas, entre ellos David Baigún, Javier De Luca, Daniel Erbetta y Edmundo Hendler. En su artículo 43, expresaba: «*Sólo son punibles las acciones u omisiones dolosas descriptas en la ley, a menos que también se disponga pena para las culposas*»; y en la pertinente Exposición de motivos se aclaraba: «*(e)n orden al sistema del hecho punible se ha establecido expresamente, de manera precisa y compatible con el principio de legalidad y su derivado de culpabilidad, que sólo son punibles las acciones u omisiones dolosas descriptas en la ley, a menos que también se disponga la pena para las culposas De ello derivan dos consecuencias: (a) no existe equivalencia entre acción y omisión; por ello, en orden a los delitos omisivos --en especial, los llamados delitos impropios de omisión-- sólo su tipificación en la parte especial habilita la punición. Con fundamento en el principio de legalidad que exige máxima taxatividad*»³⁵.

Entre 2012 y 2014 sesionó otra comisión, presidida por el Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni y compuesta por los ex magistrados Ricardo Gil Lavedra y León Carlos Arslanian y los legisladores

En este caso, la fórmula atinente a la legalidad estricta ocupó el primer artículo, párrafo 1, artículo 1) *Legalidad estricta y responsabilidad. Sólo se considerarán delitos las acciones u omisiones expresa y estrictamente previstas como tales en una ley formal previa...*³⁷—.

En la pertinente Exposición de Motivos, redactada por el propio Zaffaroni, se sostiene categóricamente: «(a)nte todo, no basta con la legalidad, sino que es necesario exigir que sea estricta, o sea, que el legislador agote los recursos técnicos para que los tipos penales definan claramente la conducta delictiva. La legalidad estricta se viola cuando la ley penal es sólo un mandato para que el juez agote la voluntad punitiva y termine la obra del legislador. Esta legalidad no estricta --o directiva más o menos genérica-- no es más que la expresión de una voluntad punitiva estatal, con desconocimiento del respeto al principio de reserva (sólo está prohibido lo que la ley prohíbe y no lo que a cualquier juez se le ocurre). La legalidad no se consigna para que el Estado manifieste su voluntad punitiva --que es su sentido autoritario, propio de textos como el italiano de 1930--, sino para que el ciudadano conozca su espacio de autonomía social. Debe por ende, excluirse toda posibilidad de manipulación autoritaria de la propia idea de legalidad, exigiendo la estrictez legislativa»³⁸—.

Y para no dejar dudas sobre el tópico, en el comentario al artículo 98, consagrado al abandono de personas, se consigna específicamente: «(c)abe observar que el texto proyectado no contiene en su parte general ninguna disposición que permita construir analógicamente tipos omisivos, tal cual lo hace la mayoría de los códigos contemporáneos, especialmente a partir del código italiano de Rocco de 1930. Por consiguiente, en nuestro sistema, los tipos de delitos impropios de omisión deben legislarse»³⁹—.

Desde ya, es de esperar que ese plausible tributo al principio de legalidad estricta se mantenga incólume en el texto a confeccionarse por parte de la nueva comisión convocada al efecto de dotar a la ciudadanía de un cuerpo de leyes respetuoso del Estado Constitucional de Derecho en el que aspiramos a vivir.

II. LAS DIVERGENCIAS EN LA DOCTRINA

Frente al claro posicionamiento de los integrantes de aquellos dos ilustres grupos de trabajo, la situación en la doctrina penal nacional no ha sido pacífica en torno a los llamados delitos impropios de omisión.

El reconocimiento de que las distintas definiciones ensayadas en torno a esta particular estructura típica dejan al descubierto ámbitos de punición de considerable amplitud, extremo que de por sí alerta sobre la problemática constitucional que subyace en el abordaje del tópico, es una obviedad en la que vale la pena recaer.

En rigor, y esto vale tanto para la forma propia cuanto para la impropia, no es concebible la omisión en un plano pre-típico: contrariamente a lo que sucede con la acción final como categoría ontológica independiente, omitir implica la preexistencia de un deber de actuar. Ese rasgo genético de ambas modalidades omisivas torna aconsejable partir de la definición de los tipos propios de omisión, en miras a identificar --en un segundo momento-- el grado de autonomía de las proposiciones trazadas en torno a las formas impropias.

La tipicidad omisiva propia suele ser explicada a partir de la incursión del agente --sujeto activo común o indiferenciado-- en un cierto cuadro de situación, generador de un determinado deber de actuación. El ejemplo más claro en el derecho argentino está configurado por la figura de omisión de auxilio, acuñada en el art. 108 del Código Penal⁴⁰—. La norma que prescribe un cierto hacer o que, como en este caso, agota en una mera opción las posibilidades de obrar conforme a derecho, invierte la fórmula constitucionalmente consagrada conforme a la cual, en una organización democrática y

liberal, será la tarea esencial a cargo del legislador penal la de individualizar --estricta y taxativamente-- las acciones prohibidas.

De allí la necesidad dogmática y político-criminal de definir con paralela exhaustividad la constelación fáctica ante la cual la libertad de obrar del ciudadano se estrecha con tal intensidad que sólo le es dado actuar de una o dos maneras para no incurrir en una trasgresión a la norma imperativa que las impone.

Los tipos impropios, en cambio, parten de una estructura que guarda cierta correspondencia con la forma activa; y la conducta de los eventuales autores se considera tradicionalmente equiparada a ésta en la medida en que se verifique en ellos una calidad especial, consistente en hallarse especialmente obligados a garantizar la incolumidad del bien jurídico afectado en cuestión.

Durante su vigencia casi centenaria, el Código Penal argentino, a diferencia de lo que acontece en buena parte del Derecho Penal europeo e iberoamericano, no hubo de incorporar a su Parte General una cláusula general que estableciera las fuentes del deber de garante, disparadoras de un eventual parangón entre conductas omisivas y activas, tal como sucede con las fórmulas del artículo 11 del Código Penal español de 1995 o el parágrafo 14 del alemán.

Es más, debe destacarse en torno a la tradición legislativa de la República Argentina, que la denominada cláusula general de correspondencia sólo resultó propuesta en algunos proyectos, tales como el de 1960, debido a Sebastián Soler, cuyo artículo 10 estatuyó: *«El que omite impedir un resultado, que de acuerdo con las circunstancias debía y podía evitar, responde como si lo hubiera producido. El deber de obrar incumbe a quien tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia --a quien con su comportamiento precedente creó el riesgo, y a quien, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriera, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado»*; así como en los de 1974 y 1979, en sus artículos 14 y 10, respectivamente.

Afortunadamente, a mi criterio, tales iniciativas sobre el tópico no se concretaron, y --tal como se señaló al comienzo de esta labor-- tampoco plasmaron en los dos últimos Anteproyectos, los que apuntaron enérgicamente a la tipificación de las conductas omisivas que se estimen jurídico-penalmente relevantes. La mera apelación a aquellos dispositivos genéricos no contrarresta, en puridad de doctrina, la ausencia de un tipo omisivo impropio escrito.

Claro está que esos recaudos legales intentaron --e intentan en otras legislaciones-- sistematizar series de supuestos en los que aparece evidente el gobierno de la causalidad por la finalidad del agente, de manera tal que conduciría a reputar equivalentes la acción y la omisión; y que tendieron a evitar, paralelamente, que, apelando a un genérico deber de actuar, se avanzara peligrosamente, por parte de la jurisprudencia, en la punición de conductas en las que ni siquiera mediara una vinculación especial del sujeto con la incolumidad del bien jurídico.

Y que también ha contribuido a considerar admisibles tales fórmulas la combinación de la regla de equivalencia según el sentido del texto de la ley con la llamada «de correspondencia», orientada a mitigar la respuesta penal en aquellas situaciones en las que la conducta de quien inviste el rol de garante --básicamente, por la ley, el contrato o la conducta precedente-- no alcanzare la entidad disvaliosa de la conducta activa.

No obstante todas esas razones, resueltamente abrazadas por tantos aplicados biempensantes, es lógico admitir, en base al principio de legalidad cierta y estricta, que matar no es lo mismo que dejar morir, ni ejecutar un acto de rebelión es igual a no resistirse ante quien lo ejecuta; y es, a todas luces, preferible que el esfuerzo por relevar típicamente y graduar la pertinente sanción a unas y otras conductas lo haga el legislador y no los autores de doctrina o los magistrados.

En el caso argentino, la falta de previsión legislativa --inclusive-- de ese marco general de aplicación de tipos impropios no escritos debería redoblar el impedimento para un reconocimiento judicial de

figuras reflejas de las activas, puesto que, en condiciones faltas de toda regulación sobre la materia, la afectación al principio *nullum crimen sine lege praevia, scripta, stricta et certa* deviene punto menos que insoluble.

Lo cierto es que, tal como está planteada la cuestión, en la doctrina argentina existen --cuando menos-- cuatro posturas en torno a la cuestión de la constitucionalidad de los delitos de omisión impropia no escritos.

De una parte, se encuentran autores como Marco Antonio Terragni⁴¹, Nelson Pessoa⁴², Esteban Righi⁴³, Alberto Fernández⁴⁴, Carlos Edwards⁴⁵, Mariano Silvestroni⁴⁶, Maximiliano Adolfo Rusconi⁴⁷, que consideran que los delitos impropios de omisión no escritos no superan un análisis de constitucionalidad en nuestro derecho, aunque, en términos generales, fundamentan su criterio en el hecho de carecer el Código vigente --tan siquiera-- de una fórmula en la parte general que habilite la equiparación.

Otro grupo de estudiosos, entre quienes se encuentran Marcelo Sancinetti⁴⁸, Frías Caballero, Codino y Codino⁴⁹ y María Eloísa Quintero⁵⁰, aun defendiendo la constitucionalidad de tales figuras, aconsejan incorporar una cláusula en la parte general, para evitar discusiones y cuestionamientos.

En tercer lugar, cuadra citar a Carlos Creus⁵¹, con su postura clásica naturalista-causalista, y a Gonzalo Javier Molina⁵², quien --en sus antípodas-- desde una concepción férreamente normativista, considera que ni siquiera es necesaria una cláusula de ese tipo en nuestro sistema legal, adjudicando plena validez a los delitos de omisión impropia no escritos, sin cuestionarlos desde esta óptica.

En cuarto y último orden, autores como Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia⁵³, Javier De Luca⁵⁴, Gustavo Vitale⁵⁵ y quien suscribe, estimamos que la única manera de proveer de constitucionalidad a los tipos omisivos impropios consiste en proceder a su concreta tipificación en la Parte Especial, sin perjuicio de lo que pueda establecerse en la Parte General.

En la Parte Especial del código de fondo, el ejemplo clásico de tipo omisivo impropio está constituido por la figura del abandono de persona previsto en el artículo 106 del código de fondo vigente⁵⁶. A partir de su predicado, es posible inferir sin mayor dificultad que una de las fuentes en las que se origina esa peculiar situación de garante es la conducta precedente del sujeto activo, al hacer alusión a la puesta en peligro de la vida o la salud de otro por colocarlo en situación de desamparo o por haberlo incapacitado previamente. Junto a ella se incluye otra, centrada en el deber de mantener o cuidar a la persona incapaz de valerse a la que se abandona a su suerte, deber que proverbialmente se entiende generado por la ley o por un contrato, completando así la trilogía más reconocida por las diversas legislaciones en este rubro.

Al destacar la existencia de tipos omisivos impropios tales como el señalado, la doctrina penal progresista concentra en él y en otros similares la única alternativa constitucionalmente válida de ejercer el *ius puniendi* a tal título, habida cuenta de que explicitan en su redacción la característica esencial de tales preceptos, cuya estructura luce equiparable o paralela a la que exhiben los tipos activos, basada en la posición particular de garante en la que se encuentran sus autores⁵⁷.

Ello no obsta a que se reconozca la amplia gama de criterios clasificatorios existente en torno a los tipos omisivos, como esta misma doctrina se encarga de señalar, entre los que cuadra citar, además del que discurre a partir de las fuentes del deber de garantía, el que hace radicar la distinción en la existencia o inexistencia de un resultado material⁵⁸.

Como ya se consignó al mencionar a Carlos Creus, la doctrina penal clásica admitía la existencia de tipos omisivos impropios no escritos. Sebastián Soler, por ejemplo, afirmaba que, en verdad, la madre que no alimenta a su hijo escoge de alguna manera esa omisión como medio para matar: «

Trátase, en semejantes casos de verdaderos delitos de comisión, en los cuales la norma violada no es, como en los otros, una norma positiva, sino una negativa... la madre que, para matar al hijo (resultado positivo y comisivo), resuelve abstenerse de amamantarlo (omisión) y lo ejecuta, realiza un delito de comisión por omisión.»⁵⁹—.

Aun entre los penalistas argentinos genéricamente refractarios a la admisión de tipos impropios de omisión no escritos, existen matices proclives a la admisión de ciertas modalidades de comportamiento que --conforme a su visión-- correspondería asimilar a la comisión, tales como ese socorrido ejemplo de la madre que omite amamantar a su niño recién nacido, acrisolado por la doctrina desde Carrara hasta nuestros días.

Expresa De Luca, con relación a ese paradigma doctrinal, que *«(d)ebe quedar claro que no estamos hablando de casos en los que conducta pasiva u omisión puede ser interpretada comunicativamente --en un determinado contexto-- como una condición suficiente de un resultado, porque el agente tiene un dominio total de la causalidad y la reconfigura a su voluntad. Por ejemplo, la forma que la madre eligió para matar a su bebé es la de dejarlo encerrado en un cuarto y sin darle de comer por un mes. Creo que hasta allí llegan autores como Schünemann⁶⁰, seguido por Gracia Martín, al hablar de dominio de la situación, dominio del hecho o de control sobre la fuente de producción del resultado típico. En estas situaciones no es correcto hablar de omisión impropia o de equivalencia, porque no se trata de algo que es valorativamente igual a otra cosa, sino que es la misma cosa. No se trata de dos cosas distintas que se equiparan por su igual merecimiento de pena, ni de una omisión antijurídica, sino que la igualdad viene de algún carácter común del hecho, de manera prejurídica, y eso lo da el dominio sobre la causa o el fundamento del resultado»⁶¹—.*

Tal tendencia a la asimilación de conductas omisivas a las activas aparece en la obra de otros juristas contemporáneos como Carlos Caramuti⁶²—. Tomando como baremo rector la especie de dolo discernible en el agente, el catedrático de Tucumán considera que *«el artículo 106, que sanciona el abandono, en la agravante de su tercer párrafo, se refiere a (solo a) supuestos en que la muerte es abarcada por el dolo eventual del omitente, por las razones que expondré enseguida. Por ello, entiendo que los casos en que la muerte pueda imputarse a la omisión, a título de esa clase de dolo, no encuadran en el artículo 79, CP. Este solo comprende, respecto a las omisiones en posición de garante, las causadas con dolo directo, en que la omisión es utilizada, intencionadamente, como medio para el homicidio. Aunque debo aclarar, desde un inicio, que creo que en este caso no se aplica, respecto a la madre, la figura agravada del artículo 80, inciso 1, porque ello implicaría, por las razones que luego explicaré, una doble desvaloración de la misma circunstancia. Primero, para fundamentar la posición de garante y el deber de actuar o evitar la muerte, necesaria para incluir la omisión en el tipo del artículo 79, y después, para legitimar la aplicación de la agravación de la escala penal. Entiendo que esa adecuación al artículo 79 y no al 80, por la prohibición de doble desvaloración, se aplica no solo al caso de la madre, sino a cualquier otro supuesto de causación de la muerte por omisión en posición de garante con dolo directo de homicidio. Lo estimo así, porque en todos ellos, conforme con los criterios que emergen del artículo 106, CP, se trataría de verdaderos casos de indefensión de la víctima (incapaz de valerse) aprovechada por el omitente para matar (o sea alevosía), que se tienen en cuenta para fundar la posición de garante a los efectos del artículo 79, lo que no podría volver a computarse como circunstancia agravante conforme con el artículo 80, inciso 2, del Código penal».*

III. POSICIÓN PERSONAL

He de disentir con los apreciados colegas mencionados precedentemente. El hecho de que el legislador haya incorporado formas típicas omisivas impropias con penas que, en el caso del bien jurídico vida alcanzan los veinte años de prisión⁶³—, es un argumento asaz contundente para fundamentar la inconveniencia de que se continúe reputando tolerable la ampliación del haz punitivo a variedades omisivas no escritas, equiparadas a conductas activas. Semejantes cargas punitivas neutralizan buena parte de las objeciones que pudieran erigirse en términos de «defensa social» o cualquier prédica similar.

Luego, si el legislador estima necesario avanzar en la punición de comportamientos omisivos de graves consecuencias, deberá esmerarse en la confección de los tipos legales pertinentes.

Por otra parte, ejemplos como el de abandono de persona o el de omisión de denuncia antes mencionados distan de agotar el elenco de tipos impropios reconocidos legislativamente. Por sólo mencionar un ejemplo más de la ductilidad evidenciada en tal quehacer de criminalización primaria, baste citar, en el plano de los denominados delitos contra el orden constitucional y los poderes públicos, figuras tales como las del art. 235, párrafos 2º y 3º⁶⁴.

Sigo sosteniendo que sólo la formulación expresa de un tipo legal puede conducir a penar una conducta omisiva. A partir de la premisa inconcusa de que no existen omisiones pre-típicas, el único modo de honrar el principio de legalidad, con sus cuatro exigencias fundamentales y, específicamente, la de *lex stricta*, consiste en reducir el panorama de los delitos omisivos a las figuras concretamente plasmadas en la Parte Especial de cualquier código penal.

Un poderoso argumento, de clara raigambre constitucional, puede expresarse en los siguientes términos: si se parte de una norma enunciada prohibitivamente y se intenta convertirla en una secuencia de palabras que traduzcan su contenido en sentido preceptivo, se ampliará --ineludible y ostensiblemente-- el campo original de la prohibición. En el forzoso deslizamiento lingüístico de tal operación mental aparecerán hipotéticos deberes de difusos contornos, que excederán en gran medida la clara barrera impuesta por el enunciado prohibitivo original a la libertad humana.

Es posible, en cambio, proceder a la inversa: frente a un enunciado preceptivo, cabrá estimar que todas las demás estarán prohibidas⁶⁵, por configurar el *aliud agere*, el otro hacer diferente del debido; pero resulta de toda obviedad que, en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, siempre será necesario condicionar la obligatoriedad de la conducta de que se trate a la concurrencia de un entorno físico o de situación determinado, a riesgo de trastocar desde su base el principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional argentina a base de mandatos carentes de un adecuado complemento circunstancial.

Reitero mis votos, pues, para que la actual Comisión de reforma del Código Penal argentino contribuya a la consolidación de un Derecho Penal sustantivo respetuoso del Estado Constitucional de Derecho que muchos ambicionamos ver definitivamente consolidado.

NOTAS:

¹TERRADILLOS BASOCO, J., «Constitución y ley penal. La imposible convergencia», en *RFDUC*, Nº 11. Monográfico, Madrid, 1986.

²TERRADILLOS BASOCO, J., «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», *Nuevo Foro Penal*, nº 87, 2016; ID., «La políticas europeas de inmigración», en PUENTE ABA, L. M., (dir.), ZAPICO BARBEITO, M./ RODRÍGUEZ MORO, L., (coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Granada, 2008, entre muchos otros.

³TERRADILLOS BASOCO, J. M., «La Constitución penal. Los derechos de la libertad», en CAPELLA, J. R., (ed.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003.

⁴TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Lineamientos metodológicos para la investigación jurídica*, Nº 1, ed. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica, Lima, 2014, p. 7.

⁵HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, ed. Trotta, Madrid, 1998.

⁶*Ibidem*, p. 67.

⁷ATIENZA, M., « Contribución a una teoría de la legislación», Madrid, ed. Civitas, 1997, p. 91.

⁸DÍEZ-RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*, ed. Trotta, Madrid, 2003, p. 7.

⁹DONINI, M., «Principios constitucionales y sistema penal», *Revista General de Derecho Penal*, Nº. 13, 2010, p. 20.

¹⁰ATIENZA, M., *Contribución.*, cit., pp. 15-25.

- [11](#)PALAZZO, F., «Legge penale», en *Dig. Disc. Pen.*, VII, 1990, p. 340.
- [12](#)STORTONI, L., «Parte speciale del codice e parte speciale del Diritto penale», en AAVV, *Verso un nuovo codice penale. Itinerari-Problemi-prospettive*, Milán, 1993, p. 435. Desde luego esta teoría deberá completarse con una teoría de la interpretación que sea útil en las fases de interpretación y aplicación de la ley (dogmática en su sentido tradicional), aunque necesariamente tienen que estar interconectadas.
- [13](#)DÍEZ-RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales. cit.*, pp. 86 y ss.
- [14](#)DOLCINI, E.-MARINUCCI, G., «Note sul metodo della codificazione penale» en AAVV, *Verso un nuovo codice penale. Itinerari-problemi-prospettive*, Milán 1993, pp. 66-71; TERRADILLOS BASOCO, J., «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», *Nuevo Foro Penal* N° 87, 2016, pp. 43-44.
- [15](#)ATIENZA, M., *Contribución a una teoría... cit.*, pp. 27 y ss. Aunque todas las cotas anteriores presuponen el nivel de racionalidad lingüística, esta, normalmente va acompañada de oscuridad e imprecisión lingüística, sirviendo muchas veces a la finalidad teleológica perseguida, TERRADILLOS, J., «Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal» en *Pena y Estado*, 1992, pp. 9-22.
- [16](#)HESSE, K., *Escritos de Derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1992, p. 57.
- [17](#)LUCAS V., P., *La Constitución abierta y sus enemigos*, Madrid, 1993, pp. 62-63.
- [18](#)GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, ed. Civitas, Madrid, 2016, pp. 91 y ss. considera que un sistema jurídico ordenado por valores superiores abiertos será cualquier cosa menos positivista, pues en tal sistema operaría una justicia constitucional efectiva que aseguraría la primacía normativa de la Constitución, lo que por ende excluye el «positivismo legalista».
- [19](#)ALEX, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, pp. 503 a 507. La importancia de las normas relativas a derechos fundamentales para el sistema jurídico resulta de dos aspectos principalmente.
- [20](#)Ibidem. pp. 524 y 525.
- [21](#)ALEX, A., *Teoría de los...*, cit., pp. 85-86. PUIGPELAT M., F., «Principios y normas» en *ADH*, N° 6, 1990, pp. 233 y ss.
- [22](#)Esta tesis está basada en el concepto de regla de WITTGENSTEIN: las reglas se siguen o no y los principios pueden seguirse o no, pues éstos sólo dan bases o criterios para la decisión, y como otros principios o reglas pueden desautorizar el principio original, se dice que los principios sólo tienen una dimensión de peso, exigiéndose, por tanto, que el decisor los sopesa. AARNIO, A., «Las reglas en serio», en GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, UUSITALO, JYRKI,(coord.), *La normatividad del Derecho*, Barcelona, 1997, pp. 17.
- [23](#)La diferencia es de grado y ambos (las reglas y los principios) son normas, realizando un papel análogo en la discrecionalidad judicial, diferenciándose solamente porque típicamente los principios son más generales que las reglas. Ibidem, p. 18.
- [24](#)Ferrajoli sostiene que por lo común, entre principios y reglas no hay contraposición, entendiendo que respecto de estas son configurables la violación y la observancia, a diferencia de las normas que denomina principios «directivos» o «directrices».«El constitucionalismo entre principios y reglas», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 35, 2012, pp. 800 y ss.
- [25](#)GUASTINI es explícito en este sentido cuando afirma, «de vez en cuando se justifica la elevación de una disposición o norma expresa al rango de principio aduciendo: su generalidad, su vaguedad, su contenido programático, su colocación en la jerarquía de fuentes, su importancia funcional o estructural, su función en el proceso de aplicación del Derecho». GUASTINI, R., *Dalle fonti alle norme*, Turín, 1990, p. 130.
- [26](#)Esto no supone necesariamente rechazar *a priori* la deseabilidad de la única respuesta correcta como idea regulativa --propuesta de las versiones fuertes de los principios como la de ALEX--, pero, sin desconocer que no pueden utilizarse indistintamente y a voluntad del juez para cualquier actividad jurisprudencial, esté o no, justificada. PRIETO S, L., *Sobre principios y normas...*, cit., pp. 119-127.
- [27](#)DONINI, M., *Teoría del reato. Una introduzione*, Padua, 1996, p. 23.
- [28](#)ARROYO, Z., L., «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución», en *RJ de CLM*, N° 1, 1987, pp. 97 y ss.
- [29](#)DONINI, M., «Principios constitucionales y sistema penal», *Revista General de Derecho Penal*, N° 13, 2010, P. 7.

- [30](#)CARBONELL M., J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 83-84.
- [31](#)TERRADILLOS BASOCO, J., «La Constitución penal: los derechos de la libertad», *cit.*, p. 495.
- [32](#)TERRADILLOS BASOCO, J., «Constitución y ley penal...», *cit.*, pp. 659-661.
- [33](#)Una comisión conformada por trece miembros, creada mediante el decreto 103/2017 (BO del 14/2/2017), deberá concluir su misión en el término de un año desde su constitución. Son ellos los doctores Mariano Hernán Borinsky, Carlos Mauricio González Guerra, Pablo Nicolás Turano, Carlos Alberto Mahiques, Patricia Marcela Llerena, Daniel Erbetta, Víctor María Vélez, Pablo López Viñals, Guillermo Jorge Yacobucci, Fernando Jorge Córdoba y Patricia Susana Ziffer, a los que se suman un representante del Ministerio de Seguridad y otro del Ministerio de Desarrollo Social.
- [34](#)«Anteproyecto de ley de Reforma y Actualización del Código Penal de la Nación», Ediar - Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Buenos Aires, 2007, con presentación de Luigi Ferrajoli.
- [35](#)«Anteproyecto de ley...», *cit.*, Fundamentos, p. 58.
- [36](#)El fruto de dicha labor se publicó como «Anteproyecto del Código Penal de la Nación, Infojus - Sistema Argentino de Información Jurídica», Buenos Aires, 2014.
- [37](#)«Anteproyecto del Código...», *cit.*, p. 335.
- [38](#)«Anteproyecto del Código...», *cit.*, p. 56.
- [39](#)«Anteproyecto del Código...», *cit.*, p. 183.
- [40](#)« Art. 108: Será reprimido con multa de [setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos] el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad».
- [41](#)TERRAGNI Marco Antonio: *Delitos de omisión y posición de garante en el Derecho penal*, 1ª Edición, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2011, 56/58.; del mismo autor, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Parte General, 1ª Edición, Editorial, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 269/278 y *Manual de Derecho Penal - Parte General y Especial*, 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2014.
- [42](#)PESSOA, Nelson: «En torno a la constitucionalidad de los tipos omisivos impropios en el Derecho Penal Argentino», en Homenaje a Carlos Contreras Gómez, p. 109.
- [43](#)RIGHI, Esteban: «Derecho penal - Parte General», 1ª edición, Editorial Lexis Nexis, Buenos AIRES, 2007, p. 369.
- [44](#)RIGHI, Esteban - FERNÁNDEZ, Alberto, *Derecho Penal. La Ley. El delito. El proceso y la pena*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires 2005, p. 244.
- [45](#)EDWARDS, Carlos, *La posición de garante y el principio de legalidad en materia penal*, en Suplemento *La Ley penal y procesal penal*, 29 de diciembre de 2005.
- [46](#)SILVESTRONI, Mariano: «Homicidio por omisión» , publicado en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, n°s 1 y 2, Editorial Ad-Hoc, Pp. 267. Del mismo autor, *Teoría constitucional del delito*, 1ª edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 233.
- [47](#)RUSCONI, Maximiliano: *Derecho Penal - Parte General*, 2ª Edición, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009. pp. 614 y ss.
- [48](#)SANCINETTI, Marcelo: *Dogmática del hecho punible y ley penal*, 1ª Edición, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 109.
- [49](#)FRÍAS CABALLERO, Jorge - CODINO, Diego -CODINO, Rodrigo: *Teoría del delito*, Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 1993, Págs 203/209.
- [50](#)QUINTERO, María Eloísa: Delito impropio de omisión, en *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI*, Ara Editores, 2005, p. 549.
- [51](#)CREUS, Carlos: *Derecho penal. Parte general*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003.
- [52](#)MOLINA, Javier Gonzalo: « Constitucionalidad de los delitos de omisión impropia en el sistema penal argentino.». Ponencia presentada y premiada con el primer lugar en el XI Encuentro de Profesores Argentinos de Derecho Penal, Rosario 1, 2 y 3 de junio de 2011, p. 3 y s. y 9; del mismo autor, *Delitos de Omisión Impropia*, 1ª Edición, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2014.
- [53](#)ZAFFARONI, E. R. - ALAGIA, A. - SLOKAR, A.: *Derecho Penal - Parte General*, Ediar, Bs. As., 2002, pp. 377 y ss.
- [54](#)DE LUCA, Javier: « Qué hacer con la omisión», XI Encuentro de Profesores de Derecho Penal. Rosario 1 al 3 de junio de 2011, Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal.
- [55](#)VITALE, Gustavo Luis: « Impropios delitos de omisión y principio de legalidad penal», XI Encuentro de Profesores de Derecho Penal, Rosario 1 al 3 de junio de 2011, Asociación Argentina de

Profesores de Derecho Penal.

[56](#)« Art. 106: *El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de dos a seis años. La pena será de reclusión o prisión de tres a diez años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de cinco a quince años de reclusión o prisión individualizarse al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole*».

[57](#)V., por todos, ZAFFARONI, Eugenio R. et al.: *Derecho Penal, parte general*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 548.

[58](#)Fundada la clasificación en tal distingo, resultarían tipos propios de omisión el del primer párrafo del citado artículo 106 o el previsto en el artículo 277, inciso 1º, apartado d: « *Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado:...No denunciar la perpetración de un delito o no individualizarse al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole*», e impropios los de los párrafos 2º y 3º del primero de tales artículos.

[59](#)SOLER, Sebastián: *Derecho Penal Argentino*, Ed. Tea, Buenos Aires, 1988, p. 383.

[60](#)SCHÜNEMANN, Bernd: «Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania». Colección de Autores de Derecho Penal, Obras, Tº 1, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 556.

[61](#)DE LUCA, Javier: *op. cit.*, p. 12.

[62](#)CARAMUTI, Carlos: «La omisión impropia en el Derecho penal argentino - Ámbitos de aplicación y relación de los artículos 106, 107, 79 y 80 del Código Penal. Criterios interpretativos para delimitar los supuestos de omisión impropia dolosa punibles» , en *El Derecho penal en tiempos de cambios*, Universidad de La Habana, 2016, p. 38.

[63](#)Conforme al artículo 107 del cuerpo de leyes vigente, el abandono de persona cometido por padres contra sus hijos y viceversa, o por el cónyuge, se sanciona con una escala de seis años y ocho meses a veinte años de prisión.

[64](#) «...Los funcionarios que no hubieren resistido una rebelión o sedición por todos los medios a su alcance, sufrirán inhabilitación especial de uno a seis años. Auméntase al doble el máximo de la pena establecida para los delitos previstos en este título para los jefes y agentes de la fuerza pública que incurra en ellos usando u ostentando las armas y demás materiales ofensivos que se les hayan confiando en tal calidad.»

[65](#)En el mismo sentido, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, Ediar, Bs. As., 1981, T. III, p. 448.

ÍNDICE:

I. ESTUDIOS DE PARTE GENERAL

1. La investigación en Derecho penal

Investigar en derecho penal: las enseñanzas de un Maestro

Esther Hava García

Hacia una dogmática jurídico penal como sistema abierto

María José Rodríguez Mesa

Contexto, interdisciplinariedad y dogmática penal

Diana Patricia Arias Holguín

La implantación de los estudios oficiales de criminología en España

José Luis Díez-Ripollés

Derecho Penal y Psiquiatría. De cómo una psiquiatra se aventuró por el mundo penal y criminológico siguiendo al Prof. Terradillos

Julia Cano Valero

Diversidad cultural y Derecho penal

Guillermo Portilla Contreras

Reformas penales y gobernar a través del delito: el caso peruano

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Bienes jurídicos, valores y derechos: satisfacción de necesidades y lucha por el reconocimiento

Mercedes Alonso Álamo

Derecho penal y utopía garantista: una visión latinoamericana

Juan Oberto Sotomayor Acosta

Notas básicas sobre la autoría a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP español): Autoría y significado específico del hecho

Carlos Martínez-Buján Pérez

Sobre la interpretación en Derecho Penal

Iván Meini

2. Evolución histórica de la Ciencia del Derecho penal

Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura

Francisco Muñoz Conde

Metamorfosis del Derecho penal del Estado de Derecho

Eduardo Demetrio Crespo

La Ilustración hispana frente al encierro punitivo: la obra de Lardizábal en su discípulo Joseph Marcos Gutiérrez

Alejandro W. Slokar

1917: La Constitución del Estado social y democrático de derecho en México

Luis Arroyo Zapatero

3. Constitución y ley penal: la imposible convergencia

Exigencias normativas de legitimidad en la ley penal. Constitución y teoría de la legislación penal

Gloria González Agudelo

Los tipos de omisión impropia y el principio de legalidad estricta

Luis Fernando Niño

4. Política y Derecho penal en Europa

¿El Brexit es un reto para la política criminal de la Unión Europea?

María Acale Sánchez

El proceso de integración penal europea

José Luis de la Cuesta Arzamendi

Cultura política de la UE y racionalidades penales nacionales: Reflexiones sobre la penalidad migratoria

José Ángel Brandariz García

El paradigma de la privación de libertad de solicitantes de protección internacional en Europa: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. el Derecho de la Unión Europea

Esther Pomares Cintas

Abusos de mercado y Derecho penal: España e Italia frente al impulso europeo

Adán Nieto Martín

Luigi Foffani

5. Peligrosidad social y Estado de Derecho

A vueltas con el Derecho penal de la peligrosidad

Rafael Rebollo Vargas

Los disfraces de la peligrosidad (la pena del delito común contra la propiedad)

Raúl Zaffaroni

Los «anormales» y su discriminación penal

Nicolás García Rivas

6. Consecuencias jurídicas del delito

¿Penas o medidas?: del garantismo a la confusión

Mercedes García Arán

El castigo de la delincuencia económica y el riesgo de derecho penal de autor

Gonzalo Quintero Olivares

Nuevas tendencias penológicas: hacia la penología del control

Borja Mapelli Caffarena

La prisión permanente revisable: crónica de una derogación anunciada

María del Mar Martín Aragón

7. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

El órgano de cumplimiento en la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: indefiniciones y precisiones

Norberto J. de la Mata Barranco

La conveniencia de la responsabilidad penal de los partidos políticos

Joan Baucells Lladós

Sobre las inconcebibles naturaleza y función penales y sancionatorias de las erróneamente denominadas «penas», medidas de seguridad «penales» u otra especie de sanciones «penales» aplicables a personas jurídicas

Luis Gracia Martín

8. Justicia penal de transición, impunidad y memoria

Ley de Amnistía. Cuarenta años después

Araceli Manjón-Cabeza Olmeda

II. ESTUDIOS DE PARTE ESPECIAL

1. El Derecho penal de la Globalización

Violencia e impunidad: Examen al Estado

Arturo Ventura Püschel

Francisco Javier Álvarez García

La violencia como elemento del delito de rebelión

Miriam Cugat Mauri

Delimitación de las modalidades de conducta en el delito de atentado: el significado de agredir, acometer y oponer resistencia

María del Mar Carrasco Andrino

Francisco Javier Álvarez García

Actualizar la prohibición del genocidio y las masacres

Ramón Sáez Valcárcel

Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de Derechos Humanos en el marco del Derecho penal internacional

Ana Isabel Pérez Cepeda

Derecho penal y exclusión social. El «top manta» en los delitos contra la propiedad intelectual e

industrial

Margarita Martínez Escamilla

La protección penal del crédito después de la crisis económica

Hernán Hormazábal Malarée

La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis. Análisis jurisprudencial

Juan Muñoz Sánchez

Regulación del cannabis: aportes político-criminales para la construcción de alternativas al modelo prohibicionista de control de las drogas

Diego Silva Forné

2. Corrupción

Corrupción pública en Latinoamérica

Fabián Luis Riquert

Crimen organizado, corrupción y responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú

José Ugaz S. M.

El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la Administración pública y por soborno transnacional en el debate parlamentario argentino de 2017

Carlos Julio Lascano

Delito de «cohecho electoral»

Lorenzo Morillas Cueva

«Rendición de cuentas y transparencia» como instrumentos de lucha contra la corrupción de los partidos políticos

M^a José Rodríguez Puerta

3. Derecho penal económico y de la empresa

La protección penal del consumidor digital

Luis Ramón Ruiz Rodríguez

El fantasma del administrador de hecho y otras cuestiones fundamentales en los delitos societarios

José Manuel Ríos Corbacho

Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal colombiano

Fernando Velásquez Velásquez

Valoración de la vigente tutela penal de la propiedad intelectual tras la reforma del Código de 2015

Luis Rodríguez Moro

La vigencia de la categoría delito de cuello blanco cuando los delitos socioeconómicos se comenten en contextos normalizados

Laura Zúñiga Rodríguez

Estafa y fraude de subvenciones: una revisión de sus relaciones concursales

M^a del Carmen Gómez Rivero

¿Nueva alternativa a la pena en materia penal tributaria y previsional en Argentina?

Marcelo A. Riquert

Delito de defraudación tributaria y blanqueo de capitales. Reflexiones en supuestos de regularización tributaria con efectos penales

Fermín Morales Prats

El paralelismo procedimental en la persecución del delito de defraudación tributaria

Juan Carlos Ferré Olivé

4. Delitos patrimoniales

A vuelta con el principio de proporcionalidad, de «non bis in idem» y la multirreincidencia en el delito de hurto: Análisis de la STS 481/2017, de 28 de junio

Carmen Salinero Alonso

5. Derecho penal del trabajo

Contextualizando el «Derecho Penal del Trabajo»

Antonio Baylos Grau

El empresario, principal sujeto obligado a garantizar un medio de trabajo seguro y salubre

Joaquín Aparicio Tovar

¿Existió alguna vez un verdadero Derecho penal del trabajo?

Manuel Jesús Dolz Lago

Derecho penal del trabajo en Colombia

Alfonso Cadavid Quintero

Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa?

Eduardo Ramón Ribas

Pesca ilegal y contratación de trabajadores extranjeros: la Sentencia Varepi

Inma Valeije Álvarez

Proxenetismo lucrativo: ¿una modalidad diferente de explotación laboral?

Beatriz Cruz Márquez

A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?

Ignacio F. Benítez Ortúzar

El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo

Fernando Navarro Cardoso

¿Se acabaron las mayorías absolutas parlamentarias! Una crónica política hacia la descriminalización del ejercicio del derecho de huelga

Rosario de Vicente Martínez

La conducta típica del delito de coacciones a la huelga (art. 315.3 CP)

Bárbara San Millán Fernández

La técnica de tipificación y su relación con la aplicación de los delitos que protegen la vida y la salud de los trabajadores

Cristina Méndez Rodríguez

Disfunciones del sistema judicial en el ámbito penal de la siniestralidad laboral

María Revelles Carrasco

La siniestralidad laboral como delito: consecuencias aplicativas

Rosa M. Gallardo García

Siniestralidad laboral y responsabilidad penal por delitos contra la vida o la salud cometidos en comisión por omisión imprudente en el ámbito empresarial

Carmen López Peregrín

La incidencia de la «nueva» imprudencia menos grave en la siniestralidad laboral

M^a José Cuenca García

6. El delito de inmigración ilegal y la trata de personas

El CP español como paradigma del Derecho de la «crimigración»

Diego Boza Martínez

Reconocimiento del derecho de asilo en España a mujeres víctimas de violencia de género

María del Rosario Gómez López

Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres humanos

María Luisa Maqueda Abreu

7. Protección penal del medio ambiente: luces y sombras

La red para la protección ambiental en el Código penal tras la reforma de 2015: los resultados típicos

Paz M. de la Cuesta Aguado

El medio ambiente y la necesidad de coordinación policial como medio de investigación

Antonio Vercher Noguera

Incertidumbre científica y certeza jurídica. La plasmación del Principio --medioambiental-- de precaución en Derecho penal

Mariana N. Solari Merlo

Protección penal del medio ambiente en la Unión Europea. Luces y sombras

Maria Marquès i Banqué

Compliance ambiental: aspectos esenciales, a la luz de la reforma penal de LO 1/2015, de 30 de marzo

Elena M. Górriz Royo

8. Ideología y valores religiosos en el Código Penal

Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados

Patricia Laurenzo Copello

9. Terrorismo y Derecho

El terrorismo global yihadista: ¿Límites a un derecho penal exagerado?

Juan Carlos Campo Moreno

Reflexiones sobre el terrorismo: del terrorismo nacional al terrorismo global

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

La dimensión política del terrorismo

Carmen Lamarca Pérez

Terrorismo: entre el derecho penal y la seguridad nacional

Antonio M. Díaz Fernández

Contraterrorismo

José L. González Cussac

Inteligencia y contrainteligencia en Chile. El monopolio de la violencia estatal frente al terrorismo y sus distorsiones

Myrna Villegas Díaz

Cristian Parada Bustamante

Reflexiones actuales sobre la lucha contra el terrorismo

Miguel Ángel Núñez Paz

Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal

María Luisa Cuerda Arnau

Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»

Juan Carlos Carbonell Mateu

Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos «Cesar Strawberry» y «Cassandra Vera»

Fernando Miró Llinares

De la prevención del blanqueo de capitales a la de la financiación del terrorismo

Patricia Faraldo Cabana

III. ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL

La reparación de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el Derecho Penal

Octavio García Pérez

Sobre los altos tribunales y la «mística» de la inmediación

Perfecto Andrés Ibáñez

Audiencias tempranas y justicia restaurativa en el campo penal juvenil en Costa Rica

Álvaro Burgos

Documento TOL6.932.363

Doctrina

Título: LIBER AMICORUM. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco

Autores: [José Ángel Brandariz García](#), [María Acale Sánchez](#), [Esther Pomares Cintas](#), [Luigi Foffani](#), [Adán Nieto Martín](#), [José Luis de la Cuesta Arzamendi](#)

Fecha: 11/2018

Número epígrafe: 4

Título epígrafe: Capítulo 4. Política y Derecho penal en Europa

TEXTO:

4. Política y Derecho penal en Europa

¿El Brexit es un reto para la política criminal de la Unión Europea? ¹ -

María Acale Sánchez

Catedrática de Derecho Penal

Universidad de Cádiz

I. MOTIVACIÓN

La producción científica del Prof. Terradillos se dilata en el tiempo desde que días antes de que se aprobara la Constitución española, viera la luz su primera publicación, titulada «Indicaciones político-criminales sobre un supuesto de estado peligroso: la vagancia habitual» ²-. Desde entonces no ha parado de seguir estudiando y no hay ningún dato en el horizonte que apunte hacia un cambio de tendencias. Pero cuarenta años de producción científica y de investigación bien merecen un reconocimiento como el que hoy se le tributa con este *Libro Homenaje* en el que se arraciman opiniones de una selección de colegas que han cultivado la ciencia penal contemporáneamente. Sin duda alguna, la excelencia de la producción científica de su trabajo permite cuantos homenajes se le hagan: basta tirar de uno de los hilos con los que ha hecho ciencia durante estos primeros 40 años de investigación.

Este no es sin embargo el primer *Libro Homenaje* que se le tributa, pues en 2015 vio la luz en La Habana el trabajo coordinado por la Profa. Mayda Goite Pierre, titulado *Globalización, Delincuencia Organizada, Expansionismo penal y Derecho penal económico del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Terradillos Basoco* ³ -.

Mi participación en este segundo *Libro Homenaje* al Prof. Terradillos comienza pues reiterando los reconocimientos y afectos hechos públicos en La Habana y mostrando de nuevo mi agradecimiento por años de magisterio, que han curtido mi personalidad como penalista y como universitaria: al igual que ocurre con los idiomas, el placer por la lectura o la práctica del deporte, el magisterio del Prof. Terradillos se disfruta desde el primer día, pero se cultiva con el tiempo, al punto de adquirir después de tantos años una dosis de abstracción que hace imposible identificar episodios o etapas individuales.

Pues bien, las razones que fundamentan la elección del tema de mi contribución en este *Libro Homenaje* son las mismas que en 2015 me hicieron tirar del hilo de la peligrosidad social y el Estado de Post-Derecho: la excelencia del trabajo del Prof. Terradillos y la rabiosa actualidad del tema elegido como punto de partida.

La *Revista de Derecho Comunitario Europeo* de 2005, en su número de enero-abril, publicaba un artículo del Prof. Terradillos, titulado «La Constitución para Europa: un reto político-criminal». En el trabajo, que se sitúa cronológicamente después del referéndum sobre la Constitución para Europa, lleva a cabo un recorrido sobre los escalones que hasta ese momento se habían ido subiendo a fin de

construir La UE ⁴. Por entonces, se asistía a una transformación en cuya virtud, la reticencia soberanista a ceder competencias penales, se sustituía pragmáticamente por un incipiente núcleo de Derecho penal orientado desde ella misma: esa UE había ido madurando y en su interior se había ido solidificando la idea de que la entidad alcanzada había llegado al punto de poder identificar intereses y/o bienes jurídicos propios ⁵ -necesitados de protección. El rechazo entonces por parte de la ciudadanía francesa y la holandesa al Tratado por el que se instituía una Constitución para Europa, obligó a los líderes europeos a cambiar si no el rumbo sí la embarcación con la que se estaba llevando a cabo semejante singladura por otra más práctica que renunciaba al terciopelo de las banderas y los himnos, así como a la ambición política de la aprobación de «leyes europeas» ⁶.

Fruto de ese vaivén, el 13 de diciembre de 2007 vio la luz el Tratado de Lisboa, que dio un fuerte empuje a la aprobación de normas con indicaciones penales a los Estados miembros. Así, el Título V del Tratado de Funcionamiento (TFUE) contiene previsiones específicas de naturaleza penal, con la finalidad de «garantizar un nivel elevado de seguridad». Dicho objetivo se prevé alcanzar a través de la «prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y la lucha contra ellos»; la «coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales»; el «reconocimiento mutuo de decisiones judiciales en materia penal» y finalmente «si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales» ⁷. Se trata de disposiciones de indudable calado, que han obligado a los Estados a considerar delictivas una pluralidad de conductas y a imponerles determinadas sanciones. Muy lejos quedaban ya entonces aquellos momentos en los que la incidencia del viejo Derecho comunitario en cada uno de los Códigos penales de los Estados miembros debía buscarse a través de las leyes penales en blanco o de las causas de justificación. De esta forma se produjo el tránsito al que se refería Terradillos Basoco en 2005: desde entonces las políticas criminales de los Estados miembros y de la UE han dejado de darse «la espalda» ⁸.

Pero tras el Tratado de Lisboa, Reino Unido (RU) forzó la aprobación del Protocolo 21 «Sobre la posición del RU y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia», en cuya virtud, y según establece su art. 1 «el RU e Irlanda no participarán en la adopción por el Consejo de medidas propuestas en virtud del Título V de la tercera parte del TFUE», autorizándoles el art. 3 a «notificar por escrito al Presidente del Consejo, en un plazo de tres meses a partir de la presentación al Consejo de una propuesta o iniciativa en virtud del Título V de la tercera parte del TFUE, su deseo de participar en la adopción y aplicación de la medida propuesta de que se trate, tras lo cual dicho Estado tendrá derecho a hacerlo». De esta forma, se produjo una entrada privilegiada de RU --y de Irlanda-- en el Tratado de Lisboa: «a la carta» o «caso por caso» ⁹, frente al menú que se le sirvió al resto de comensales de los Estados miembros ¹⁰. No hay muchas dudas sobre el motivo que llevó a RU a objetar el contenido del Título V entonces ¹¹: el alta estima de su condición de país soberano, que decide sobre las materias esenciales, entre las que da por incluidas las de naturaleza penal ¹². Pues bien, con base en este Protocolo, se aprobó la *Decisión de la Comisión de 1 de diciembre de 2014 (2014/858/UE), relativa a la notificación por parte del RU de su deseo de participar en actos de la Unión en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal adoptados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y que no forman parte del acervo de Schengen*, de forma que la admisión o no por parte de RU de esta legislación, pasa por la inclusión expresa en dicha Decisión ¹³.

Con el tiempo, RU ha decidido poner en marcha la vía que señala el art. 50 del TUE y salirse de esa estructura supra-nacional, a través de un proceso que comenzó con un referéndum y que no se sabe bien cuando concluirá: el Brexit. Lo que sí parece claro es que en su decisión no ha pesado el hecho de que cediera soberanía en materia penal, pues en esencia y con carácter general, no la cedió con la firma del Tratado de Lisboa del que ahora se desvincula completamente. Por tanto, los motivos deben haber sido distintos. En cualquier caso, su importancia no puede negarse, aunque antes de este momento, RU venía dando pistas sobre la falta de interés en la construcción de una Europa libre, segura y justa, al tiempo que rechazaba la moneda única: pistas sobre la fragilidad de una unión que podía romperse en cualquier momento ¹⁴.

Ahora lo que preocupa es que la salida de uno de los países miembros más relevantes puede terminar afectando a la construcción de la propia UE en su conjunto, en la medida en que haya otros Estados pendientes de lo que está pasando en RU, para emprender posteriormente su propio camino de *exit* ¹⁵.

II. EL ÁMBITO POLÍTICO CRIMINAL DE REFERENCIA

El análisis de los aspectos político criminales del Brexit depende en gran medida de lo que se quiera entender por tales. Como afirman AMBOS y BOCK la referencia a «materias penales» viene siendo utilizada como una suerte de paraguas bajo el que se incluyen «normas y prácticas de leyes penales y político criminales basadas en la ley y las actividades de la Unión dirigidas (o con la finalidad de dirigir) a la armonización generalizada de la ley (procesal) penal nacional»¹⁶. Los autores enfatizan la necesidad de distinguir las normas de contenido penal de la UE, de las que han aprobado los Estados miembros para cumplirlas¹⁷. Respecto a éstas últimas afirman que se trata de «normas nacionales influenciadas por el orden legal europeo»¹⁸. Esto determina pues que cuando se quiere conocer el alcance de la política criminal europea, es necesario acercarse a las indicaciones penales que ha dirigido a los Estados miembros, y simultáneamente a las normas aprobadas por cada Estado para adaptarse a aquéllas¹⁹.

En este sentido, precisamente porque tras la firma del Protocolo 21, RU dejó de vincularse por el conjunto de disposiciones en materia de libertad, seguridad y justicia, es necesario analizar una a una las disposiciones de la UE en materia penal y comprobar si, en efecto, le vinculan o no. A pesar de ello, esto no significa que se haya alejado de los aspectos político-criminales de la UE porque no todas las indicaciones penales aprobadas por la UE se basan orgánicamente en el Título V TFUE, y además porque después del Tratado de Lisboa, se aprobó la *Decisión de la Comisión de 1 de diciembre de 2014 (2014/858/UE) relativa a la notificación por parte del RU y de Irlanda del Norte de su deseo de participar en actos de la Unión en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal adoptados antes de la entrada del Tratado de Lisboa y que no forman parte del acervo de Schengen*, en la que admitió en bloque vincularse por un total de 29 instrumentos legislativos en materias, como la lucha contra la delincuencia organizada, la pornografía infantil, las formas de delincuencia graves, el decomiso de activos o las penas económicas caracterizadas por tener un contenido penal de gran voltaje.

Si se centra la atención en el ámbito de la aproximación de las legislaciones penales, debe resaltarse el hecho de que el art. 83.1 TFUE fue muy escrupuloso con el principio de necesidad de la intervención por parte de la UE²⁰. En este sentido, la primera nota que caracterizaba al Derecho penal nacido del Tratado de Lisboa fue el hecho de que se convirtiera en la *ultima ratio* de las políticas europeas, a partir del cual llevar a cabo la aproximación de las legislaciones penales nacionales --que son las se rigen por el principio de *ultima ratio* del Derecho penal--²¹ sólo cuando sea necesario. Aun así, el elenco de «parcelas» a las que expresamente se refería el art. 83.1 estaba redactado en términos lo suficientemente amplios como para garantizar una intervención --también-- amplia de la UE en materias penales: «el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada». Se trata, por lo demás, de un elenco de materias completamente europeizado antes de la aprobación del Tratado de Lisboa a través de distintas Decisiones Marcos.

Estos serían los bienes jurídicos propiamente europeos²².

Pero no es éste el momento del análisis pormenorizado del contenido de esos instrumentos normativos que han incidido seriamente en los Derecho penales de los Estados miembros, porque no se está analizando la política criminal de la UE. Lo que ahora interesa, son las consecuencias que puede tener el Brexit en esta materia: si limitamos el examen a las parcelas de la criminalidad a las que expresamente se refiere el art. 83.1 TFUE²³, podrá concluirse que la salida de RU de la UE en materia penal va a traer consigo aparejadas consecuencias dispares sin que queden claros los motivos de la disparidad.

a) La preocupación de la UE por el terrorismo es amplia, en la medida en que las estadísticas confirman que se ha convertido en un objetivo especial del terrorismo yihadista: RU también. Por este motivo acaba de aprobar la *Directiva (UE) 2017/54 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo, por la que se sustituye la DM 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo* (con base en el art. 83 apartado 1 TFUE), en la que define el terrorismo como la forma más grave de atentar contra los valores universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, sobre los que se fundamenta la propia UE. En su

considerando 41 se señala que RU, «de conformidad con los arts. 1 y 2 del Protocolo 21 sobre la posición del RU..., no participa(n) en la adopción de la presente Directiva y no queda(n) vinculado(s) por la misma ni sujeto(s) a su aplicación». Este hecho no puede evidenciar una disconformidad de la definición de delito de terrorismo por parte de RU, entre otros motivos porque con la aprobación de esta Directiva, la UE cumple los compromisos internacionales que mantiene con Naciones Unidas y con el Consejo de Europa, de los que también es miembro RU sobre el cual, en paralelo, recaen las mismas obligaciones que recaen sobre la UE. Por tanto que RU no firme esta Directiva, no puede significar que defina el terrorismo de forma distinta ²⁴.

Si a esto se le une que al día de hoy es la misma clase de terrorismo la que azota al conjunto de Europa, que tiene dispersos por todo el territorio de la Unión a «combatientes», que actúan según los déficits de seguridad que puedan aprovechar en cada país, el hecho de que RU no firmara la Directiva 2017/541 carece de sentido y de relevancia material, en la medida en que el compromiso de asumir las decisiones de Naciones Unidas y del Consejo de Europa no puede ignorarlos ²⁵. En este sentido, la legislación anti-terrorista de RU debe unirse a la línea político criminal internacional y europea imperante ²⁶. Así, la *Anti-terrorism, Crime and Security Act* de 2011, dedica su parte 13 al «Third pillar of the European Union», en la que en esencia muestra su preocupación por los instrumentos procesales relativos a la extradición.

Con todo esto, puede entenderse que el Brexit, en materia de terrorismo, no vaya a suponer ningún cambio sustantivo y material para la legislación de RU, aunque sí en lo que al apoyo procesal de Eurojus y Europol se refiere: lo que es innegable es que la UE se deja en el camino a uno de los Estados más entusiastas en la lucha contra el delito. Por ello, puede verse afectada la persecución del terrorismo en la UE.

b) La *Directiva 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión* (con base en el art. 114 TFUE, del Capítulo 3 del Título VII) se dirige a «los Estados miembros» sin excepción, entre ellos RU, que quedó por tanto vinculado por sus indicaciones, a pesar del contenido estrictamente penal de todo su articulado. En este sentido, por la fecha de la Directiva y por la fecha del referéndum del Brexit --23 de junio de 2015-- RU se encontró con una situación comprometida porque si bien se preparaba para su salida de la UE, tuvo que aprobar la *Money Laundering and Transfer of Funds (Information on the Payer) Regulation* 2017, de transposición de la Cuarta Directiva de Blanqueo de Capitales y financiación del terrorismo a la que aquí se hace referencia, que entró en vigor el 26 de junio de 2016 ²⁷.

Cabe plantearse qué ocurrirá cuando las negociaciones del Brexit culminen y, de hecho, RU abandone la UE, porque o bien se convalida la *Statutory Instruments* núm. 692, 2017, olvidándose de que en origen ha sido la necesidad de ratificación de una directiva la que le ha obligado a aprobarla, o aprueba una nueva *Statutory* sobre el lavado de activos. En cualquier caso, hay que pensar que mientras tanto, las *rules* judiciales no tienen por qué cambiar, pues aunque desaparezca el formato papel de la ley, hasta donde tenga permitido la jurisprudencia, podrá seguir castigando los «delitos» de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo.

c) La *Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2017 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal* (con base en el art. 83.2° TFUE), viene a sustituir para los Estados vinculados por ella, al *Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 26 de julio de 1995* así como sus tres Protocolos: el de 27 de septiembre de 1996, el de 29 de noviembre de 1996 y el de 19 de junio de 1997 ²⁸. La legitimidad de la UE para dar indicaciones precisas en esta materia parece innegable, más allá incluso de lo dispuesto en el Título V TFUE, en la medida en que el art. 325 establece que la Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas que deberán tener un efecto simbólico y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros en las instituciones y organismos de la Unión.

Sin embargo, a pesar de la relevancia de los intereses económicos para la UE, según dispone el considerando 37 de la Directiva, «el RU no participa en la adopción de la presente Directiva y no queda vinculado por la misma ni sujeto a su aplicación». Esto no significa que no venga obligado a

velar por los intereses financieros de la UE, ni a no perseguir estas infracciones: significa que RU sigue estando en vigor el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 26 de julio de 1995: esto es lo que establece el art. 16 de la Directiva. Por todo esto, RU debe actuar con la misma diligencia con la que actúa cuando protege sus intereses, cuando se trate de conductas que afecten a los intereses financieros de la UE, como ya dejara sentado hace años la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 21 de septiembre de 1989 («Caso del maíz griego») ²⁹, cuya jurisprudencia también vincula a los Estados miembros. Esto hace necesario recurrir a la *Bribery Act* de 2010 --calificada como una de las leyes más duras del mundo contra la corrupción-- ³⁰, que aprobó RU con la finalidad de cumplir con las disposiciones de la OCDE de 1997 ³¹. En este sentido, es interesante resaltar que la preocupación científica que plantea la persecución de los delitos contra los fraudes a los intereses financieros de la UE en RU, una vez situado el marco normativo en el ámbito del Convenio de 1995 y sus tres Protocolos ³², sea lo relativo a la extradición ³³ o la orden de detención europea.

d) La *Directiva 2013/40/UE del PE y del Consejo de 12 de agosto de 2013 relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la DM 2005/222/JAI* (con base en el art. 83.1 TFUE) contiene indicaciones precisas a los Estados miembros sobre conductas constitutivas de delito, las sanciones a imponer y sobre la necesidad de coordinación entre los Estados miembros y la UE para lucha contra una clase de delincuencia que no tiene que desplazarse físicamente, aunque los resultados de sus actividades pueden alcanzar cualquier lugar del mundo, incluido cualquier lugar de la UE.

Pues bien, en atención a lo dispuesto en considerando 31, RU notificó su deseo de participar en la adopción y aplicación de esa Directiva y ha dado lugar a la aprobación de la *Statutory Instruments Criminal Justice (Offences relating to information systems) Act*, núm. 11 de 2017 que, tras la salida de RU, dejará de tener como base la necesidad de cumplir con un compromiso de la UE, y RU deberá plantearse si aprueba una nueva *Statutory* o si haciendo abstracción de su origen, la convalida como derecho interno.

III. ¿ES EL BREXIT UN RETO PARA LA POLÍTICA CRIMINAL EUROPEA?

Las incertidumbres que ha sembrado el Brexit no son solo para la UE, que ve ahora como uno de sus socios más importantes le dice *bye, bye*, sino para cada uno de los países miembros ³⁴ que tienen que replantearse sus relaciones a nivel individual con RU, a través de la vía de los acuerdos bilaterales ³⁵. Con todo, si se tiene en consideración la especial posición de RU, que le ha permitido elegir las normas de la UE que le interesaban, quizás se amortiguan los efectos que la salida de cualquier otro país de la UE, vinculado por todas sus indicaciones penales, pudiera tener. En cualquier caso, de las materias penales «esenciales» a las que se ha hecho referencia anteriormente, se concluye que RU ha optado por no vincularse a la UE en materia de terrorismo; sí lo ha hecho abiertamente en blanqueo de capitales, no así en el ámbito de la protección de los intereses financieros, aunque el hecho de no haberse vinculado a la última Directiva, no le exime de velar por esos intereses en atención a lo dispuesto el Convenio de 1995, al tiempo que sí ha optado por vincularse en cuanto a los sistemas de información. La cuestión que debe plantearse ahora es la de si estas decisiones obedecen a un mismo motivo --por ejemplo, la necesidad de perseguir en consonancia con la UE la delincuencia-- o si por el contrario obedecen a otros motivos políticos --no político-criminales-- coyunturales.

Una solución podría ser que respecto a las materias de libertad, seguridad y justicia, RU se quede como hasta ahora: es decir, que opte por los acuerdos que quiere firmar y los que no. Esto no supondría ningún trato más favorable para RU, porque ya hoy día es así, eso sí, con la importante diferencia del que ahora es miembro de la UE y tras el Brexit, dejará de serlo. Y sería una forma de mantener la necesaria unidad en Europa --no ya solo en la UE-- en estas materias: a la vista están los modelos que representan Finlandia y Suiza. Con todo, alcanzar un acuerdo general entre UE y RU puede ser difícil si el resto de los Estados miembros se oponen, lo que parece fácil que ocurra si interpretan dicho acuerdo como una especie de premio a un país que se sale de la UE, eludiendo las obligaciones, pero conservando lo que le es útil. A esto pudo estar refiriéndose la Canciller Ángela Merkel cuando afirmó que Alemania no iba a permitir que el Brexit fuera una especie de «cosecha de cerezas», es decir, una salida selectiva ³⁶.

Se puede dar la circunstancia paradójica como afirma Mitsilegas ³⁷ de que lo que más reticencia dio al nacer la UE, al punto de que RU rechazó la cesión de soberanía que ello conllevaba, sea lo que

finalmente le interese mantener, lo que significa que el Brexit no guarda relación con la cesión de soberanía en materia penal: es más, no hubo tal cesión.

Pero si los efectos del Brexit en materia penal pueden ser más limitados debido a las especiales características de la integración de RU en la UE, desde un punto de vista procesal y policial sí van a tener un mayor calado, pues *a priori*, la salida conlleva simultáneamente la salida de la Olaf, de Interpol y de Eurojust, instituciones desde las cuales se lucha contra la delincuencia en el ámbito de la UE y en cuyo funcionamiento RU ha mostrado un compromiso y una responsabilidad considerables³⁸; el interés de RU por firmar acuerdos puntuales con la UE en estas materias es evidente: pero también lo debe ser para la propia UE y el resto de Estados miembros que tienen ahora la oportunidad de demostrar su altitud de miras, al permitir la firma de estos acuerdos que en materia procesal a todas las partes beneficia. Y esto puede significar que se dificulte la persecución ordenada de fenómenos criminales que tienen una organización por toda Europa y para los que muchas veces el concreto lugar en el que se cometen sus delitos no es más que fruto de un oportunidad que le brinde la falta de seguridad a los delincuentes³⁹. Por ello, por el lado de la delincuencia, RU corre el riesgo de convertirse en un paraíso de criminales que domicilien sus actividades económicas en su suelo⁴⁰, a fin de evitar los controles de todo el aparataje procesal europeo que tan eficazmente viene desempeñando sus funciones.

En definitiva, el Brexit puede causar un efecto boomerang en materia penal para RU porque de desmantelarse como ha sido su deseo institutos como la Olaf, Interpool o Eurojust, renuncia al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, vuelta a los instrumentos de extradición, que son instituciones que frenan la comisión de delitos, el efecto que se alcance puede ser el de generar más delincuencia, al tiempo que impida que en la UE se controle como hasta este momento. Se insiste: con independencia de los acuerdos puntuales que se alcancen.

La tarea que tiene pendiente RU es encomiable porque, en efecto, con independencia de que en este momento de la desconexión y para evitar vacíos en un ordenamiento jurídico en el que las leyes escritas tienen como origen la necesidad de adaptar ese ordenamiento jurídico a la normativa que iba emanando de la UE, apruebe con carácter urgente una suerte de convalidación a la inglesa y haciendo abstracción de su origen de esas normas, a medio plazo deberá tomar la decisión, cuando tenga tiempo suficiente para entrar a analizar la multitud de normas europeas que van a ser «soberanamente» nacionalizadas, de si da un giro a su política criminal o si nacionaliza la política criminal de la UE. De esta forma, aunque RU dejara de participar en la política criminal europea, seguirá teniendo un notable peso en el ordenamiento jurídico inglés.

El pueblo británico y sus autoridades tienen que analizar los efectos de este nacionalismo, que no se sabe bien si amén de un juego de políticos, puede dar resultados tangibles en el ámbito político criminal. Lo que sí parece claro es que la UE seguirá desarrollando su derecho penal «con una influencia menor de RU»⁴¹.

Al margen del dato objetivo de la salida de un país de la UE, si de mira de forma optimista el proceso, se puede sacar como conclusión que el hecho de que no se haya producido la salida por motivos penales, robustece el poder penal que sigue teniendo la UE, actualizando su legitimidad política⁴².

Solo queda esperar que esas competencias penales de la UE se ejerzan respetando los derechos humanos de los ciudadanos de la Unión y de quienes intentan vivir en ella.

El proceso de integración penal europea⁴³

José Luis de la Cuesta Arzamendi⁴⁴

Catedrático de Derecho Penal

*Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea*⁴⁵

I. En la segunda mitad del siglo XX, su percepción como «dos realidades antinómicas»⁴⁶ constituyó durante décadas un obstáculo decisivo para cualquier avance de relevancia en la «europeización» del Derecho penal, un término que si, estrictamente, apunta a la influencia europea sobre los derechos penales nacionales⁴⁷, en sentido «genérico», como el propio «derecho penal europeo»⁴⁸, resulta comprensivo de todo desarrollo hacia la integración penal en Europa: esto es, junto a la armonización de las legislaciones penales (por influjo del Consejo de Europa o en la UE), de los esfuerzos dirigidos a la progresiva construcción de un «Derecho penal europeo común»⁴⁹.

En efecto, las Comunidades habían sido originariamente concebidas como entidades sin competencia penal directa⁵⁰ y debían respetar «la soberanía de los Estados miembros en este ámbito»⁵¹. Pronto se puso, sin embargo, de manifiesto la insuficiencia de las sanciones administrativas para hacer frente a determinados comportamientos atentatorios de relevantes bienes jurídicos de interés comunitario; unos bienes que, de otra parte, no sólo requerían una protección equiparada a los bienes estatales (principio de asimilación), sino que igualmente exigían una aproximación⁵² legislativa que evitara tratamientos incriminatorios y punitivos muy dispares por parte de los diferentes Estados miembros, algo especialmente perturbador para la cooperación penal.

II. La adecuada protección (también por la vía penal) de los intereses financieros comunitarios estuvo pronto presente en el largo proceso de construcción europea. Pero es a partir de Maastricht y sobre todo de Amsterdam que se despliega verdaderamente el interés por asegurar la aproximación de las legislaciones penales, fundamentalmente con el fin de reforzar la cooperación frente a determinados comportamientos criminales y para contribuir a su más adecuada persecución y sanción.

Incardinada esta actividad en el seno del tercer pilar, instrumento fundamental de desarrollo fueron, en primer lugar y tras las acciones comunes, las llamadas decisiones marco, caracterizadas por déficits jurisdiccionales, democráticos y en el plano de sus principios inspiradores⁵³, que tanta crítica suscitaron desde el prisma de su legitimación⁵⁴, y por su extensión, intensidad y falta de calidad⁵⁵: en suma, por su «irracionalidad»⁵⁶ político-criminal, plasmada entre otras, en la ausencia de «un catálogo de valores, principios y derechos fundamentales sistemático y consistente»⁵⁷, y su enfoque fragmentario y carente de una unidad de sentido⁵⁸, así como fundamentalmente punitivo, ajeno a toda preocupación garantista y por la prevención de la delincuencia y las víctimas. La falta de efecto directo no impidió su incidencia en la legislación de los Estados miembros que, como en España⁵⁹, fueron progresivamente (y de manera creciente) justificando no pocas de las reformas penales en la existencia de instrumentos europeos que obligaban (supuestamente, en ocasiones) a orientar en un determinado sentido la política penal.

III. El Tratado de Lisboa mejoró «la legitimación democrática»⁶⁰, puso fin a la estructura de pilares y reafirmó la competencia comunitaria armonizadora en el plano penal. Su lectura completa del Tratado pone de manifiesto que son tres, en la actualidad, las áreas de intervención penal contempladas:

- los llamados eurodelitos (artículo 83.1);
 - la ejecución eficaz de políticas de la Unión (artículo 83.2); y
 - la protección de los intereses financieros de la UE (artículo 325).
- *Eurodelitos*: En primer lugar, las directivas aprobadas de manera ordinaria por el Parlamento Europeo y el Consejo pueden establecer (art. 83.1) las necesarias «normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones», en «ámbitos delictivos» caracterizados por su «especial gravedad» y «dimensión transfronteriza».

Conviene destacar que el art. 83.1 II no recoge propiamente un listado de tipos penales o delitos, en sentido estricto, sino que se refiere a «ámbitos delictivos»: esto es, fenómenos criminales que pueden traducirse en diversas constelaciones típicas. Consiguientemente, la armonización debería poder alcanzar a «todo tipo penal» que pueda ser de utilidad en la lucha contra las «formas de criminalidad»⁶¹ mencionadas: «el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada».

La doctrina ha criticado el carácter «taxativo»⁶² de un listado que se ve necesariamente limitado por las exigencias ya aludidas de gravedad y dimensión transfronteriza, y que incorpora sólo como novedad la referencia a los delitos informáticos⁶³, alejándose de la relación de figuras delictivas para las que Europol resulta competente y no respondiendo, en suma, a las necesidades del espacio de libertad, seguridad y justicia.

En todo caso, el Consejo queda autorizado a introducir nuevos ámbitos delictivos (por unanimidad y previa aprobación del Parlamento Europeo) atendiendo a «la evolución de la delincuencia»⁶⁴.

- *Ejecución eficaz de políticas de la Unión*: El art. 83.2 recoge igualmente como ámbito de aproximación el resultante de la línea jurisprudencial abierta por las Sentencias de 2005 y 2007 en materia de protección del ambiente y contra la contaminación procedente de buques. Se autoriza así a la aprobación, por medio de directivas,
- de «normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones»,
- aplicables en ámbitos que hayan sido ya objeto de «medidas de armonización»⁶⁵.

Múltiples son las áreas comunitarias potencialmente susceptibles⁶⁶ de una línea de intervención en cuya elaboración no participa Dinamarca (arts. 1 y 2, Protocolo 22), permitiéndose a Reino Unido e Irlanda elegir el ser o no parte (arts. 1, 2, 3 y 4, Protocolo 21).

En todo caso, el criterio rector decisivo no es ya la necesidad, sino el carácter indispensable de la intervención para asegurar la eficaz ejecución de una política de la Unión⁶⁷, algo que va más allá del mero escrutinio tradicional⁶⁸ a la luz de los criterios de subsidiaridad y proporcionalidad.

De otra parte, no cabe ignorar el riesgo de que por esta vía se construya un puro «derecho punitivo tecnocrático de autoprotección de normas e instituciones»⁶⁹, integrado por infracciones penales de mero refuerzo accesorio de la legislación comunitaria, sustentadas por tanto sobre la simple ilegalidad o no autorización de los comportamientos punibles. Ante el «retroceso en principios liberales básicos»⁷⁰ que esto puede suponer, es por ello de subrayar que fundamentar la intervención penal sobre el mero peligro abstracto resulta difícilmente compatible con un entendimiento apropiado de los principios de ofensividad y antijuridicidad material que, desde la posición que aquí se mantiene, requieren la lesión o puesta en peligro (cuanto menos hipotético) del bien jurídico protegido⁷¹.

- *Protección de los intereses financieros de la UE*: Debido a su colocación sistemática y por su importancia, conviene asimismo recordar una disposición cuyo alcance, en el plano penal, debate la doctrina⁷².

El art. 325 encomienda, en efecto, a «la Unión y los Estados miembros combatir(án) el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión». Los Estados quedan por ello obligados a «coordinar(án) sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Unión contra el fraude» (art. 325.3) y a asimilar esa protección a la aprobada «para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros», aplicando «las mismas medidas» al fraude contra los intereses financieros de la Unión (art. 325.2). Por su parte, se autoriza al Parlamento Europeo y al Consejo a la adopción, «con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Tribunal de Cuentas», de «las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión» (art. 325.4).

Grande es («para toda actividad de armonización en el campo del derecho penal sustantivo») la relevancia alcanzada por las medidas e instrumentos jurídicos adoptados en este ámbito, los cuales han servido «frecuentemente (...) como modelos» para la intervención en otros contextos⁷³.

Los autores entienden, además, mayoritariamente⁷⁴ que el art. 325 ofrece sustento suficiente para la promulgación no sólo de directivas, sino de un Reglamento de contenido penal⁷⁵, algo que se suscita también, aunque sin éxito⁷⁶, respecto de otras materias, como los asuntos de aduana o la inmigración ilegal y tráfico de seres humanos, y que, de producirse, abriría la puerta a un nuevo «Derecho europeo penal»⁷⁷.

IV. Como es obvio, el respeto del contenido de los Tratados y el fomento de la confianza mutua, base para el efectivo reconocimiento recíproco de las decisiones adoptadas por los sistemas jurídicos de los Estados miembros, lleva a exigir que la intervención armonizadora por parte de la Unión respete un conjunto de principios⁷⁸:

1) Con carácter general, suelen mencionarse, en primer término, los principios de *subsidiaridad* y *proporcionalidad*, dos postulados básicos de los tratados de la UE (así, art. 5 del TUE) que la política criminal debe también observar a la hora de fomentar la confianza de los ciudadanos en una Europa

de libertad, seguridad y justicia.

Consistente con ello es la demanda de *ultima ratio* o utilización del «derecho penal del modo más restrictivo posible»⁷⁹: la intervención penal armonizadora no debe plantearse, sino cuando su necesidad parezca esencial en relación con los bienes o intereses que se desean proteger por no ser suficientes otros instrumentos para la tutela de los bienes en juego, ni poder esperarse un cumplimiento de los fines y objetivos comunitarios sin armonizar su normativa penal («*ultima ratio europea*»)⁸⁰, y siempre con pleno respeto de los principios recogidos en los Tratados.

También coherente es reclamar para toda intervención armonizadora que aporte un *valor añadido*: esto aconseja enfocar la intervención de la UE en aquellos aspectos en los que las lagunas y diferencias entre las legislaciones internas afecten en mayor medida a la eficacia de la legislación y a la cooperación en materia penal, dificultando la persecución de unos delincuentes que pueden así encontrar refugio al traspasar la frontera.

2) La UE debe, además, ser consciente y respetuosa de las diferentes tradiciones jurídicas existentes en los Estados miembros, que merecen ser amparadas, de aquí que se aconseje que la *flexibilidad, la coherencia y la homogeneidad* inspiren las tareas aproximadoras en el plano penal, las cuales, lejos de toda armonización de máximos, han de permitir preservar la coherencia de los sistemas nacionales respectivos.

3) En el plano estrictamente penal, junto a la presunción de inocencia y demás garantías de los derechos fundamentales de sospechosos, acusados o condenados, se recogen de manera explícita el principio de «culpabilidad individual (*nulla poena sine culpa*)» --que se reconduce a la interdicción de toda responsabilidad penal por el resultado y reclama en general una conducta dolosa (excepcionalmente, al menos por negligencia grave) para la exigencia de responsabilidad penal--, el principio de «seguridad jurídica (*lex certa*)», los principios de irretroactividad y de *lex mitior*», así como el *ne bis in idem*.

4) Por último, aunque no en importancia, se apunta igualmente a la conveniencia de adopción de «medidas no legislativas que consoliden la confianza entre los diferentes sistemas jurídicos en los Estados miembros, mejoren la coherencia y fomenten el desarrollo de una cultura jurídica de la UE relativa a la lucha contra la delincuencia»⁸¹, subrayando lo fundamental a tal efecto de un enfoque penal comunitario caracterizado por la «alta calidad» y mayor coherencia, y lamentando «el enfoque fragmentado que se ha seguido hasta el momento»⁸².

V. Volviendo a las áreas de intervención penal contempladas en el Tratado de Lisboa merece subrayarse de manera especial la referida a la ejecución eficaz de políticas de la Unión, pues por esta vía se permite incorporar a la labor armonizadora bienes jurídicos «genuinamente europeos»⁸³, cuya protección unificada⁸⁴ y sustentada sobre una sólida regulación de la parte general⁸⁵, es lo que debería ocupar prioritariamente la atención de un derecho penal no ya «europeizado»⁸⁶, sino verdaderamente común⁸⁷; esto, sin abandonar los esfuerzos de mejora y potenciación del reconocimiento mutuo y de los sistemas de cooperación avanzada⁸⁸, particularmente necesarios --como la armonización procesal y la coordinación interestatal en las áreas policial y judicial-- de cara a la consolidación de ese todavía «incipiente»⁸⁹ (pero ya en construcción) sistema penal europeo, integrado por distintos niveles y con «objetivos específicos y características propias»⁹⁰, cada vez más alejado de «los sistemas de cooperación judicial clásicos» y que, sin perjuicio de las distancias (falta de normas con efecto general directo, codecisión Parlamento-Consejo, carencia de una red jurisdiccional federal)⁹¹, apunta a los modelos federales⁹².

Por lo demás, y siendo la consolidación de lo realizado y la codificación del derecho ya existente uno de los retos destacados por «*La Agenda de Justicia de la UE para 2020*», existen ya múltiples y muy relevantes aportaciones académicas, individuales y colectivas, que pueden resultar de la mayor utilidad. Son, además, aportaciones en las que la preocupación por «la seguridad a través del Derecho penal» no lleva a olvidar, como tantas veces sucede en los textos europeos e internacionales, la imprescindible garantía de seguridad «también ante el Derecho penal»⁹³, que en una Europa «progresivamente democrática»⁹⁴ no puede satisfacerse con la mera proclamación⁹⁵ de derechos y merece una apropiada articulación en la línea de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁹⁶.

VI. Aún más, en unos momentos internacionales en que las preocupaciones securitarias prevalecen en el seno de un debate político criminal «desenfocado» ⁹⁷ y reclaman la intensificación de la «Europa fortaleza» ⁹⁸, es igualmente de advertir contra el sinsentido de reducir la política criminal a la mera intervención penal; y esperar que la mayor sensibilidad manifestada por algunas recientes directivas respecto de las víctimas de los delitos se vea igualmente acompañada de previsiones específicas en materia de «aplicación integrada de políticas comunitarias» ⁹⁹ y de prevención ¹⁰⁰ de unos fenómenos que, precisamente por su gravedad y alcance, reclaman el más completo despliegue de medios en los distintos niveles de interpretación criminológica. Estos no se agotan en el crimen y el criminal, sino que requieren igualmente, para su adecuado abordaje, el mejor conocimiento de los propios fenómenos criminales, la atención a las víctimas y la permanente evaluación de las medidas político-criminales adoptadas, así como, muy en particular (y en su seno), de los efectos principales y colaterales de las respuestas penales.

Cultura política de la UE y racionalidades penales nacionales: Reflexiones sobre la penalidad migratoria

José Ángel Brandariz García ¹⁰¹
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de A Coruña

A Juan, por todo lo que nos ha enseñado
sobre Derecho penal migratorio, entre tantas otras cosas.

I. INTRODUCCIÓN

La literatura académica ha enfatizado la influencia de la Unión Europea (UE) sobre los sistemas penales de los Estados miembros. El Derecho de la UE influye directamente sobre el ordenamiento jurídico de los países miembros, estableciendo el marco regulatorio de algunas infracciones penales ¹⁰². Del mismo modo, los instrumentos jurídicos de la UE tienen gran relevancia en materia de persecución delictiva, en la medida en que regulan el funcionamiento de un conjunto de instituciones (como Europol y Eurojust) y de herramientas de cooperación policial y judicial en cuestiones penales, en el marco de la denominada área de libertad, seguridad y justicia (Título 5 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) ¹⁰³.

Frente a ello, la significación y las consecuencias de las culturas políticas es un ámbito de influencia de la UE en las políticas penales nacionales insuficientemente analizado. Este breve texto pretende reflexionar sobre el impacto de la cultura política de la UE sobre el sistema penal español. De forma más concreta, el artículo analiza si la introducción de una racionalidad gerencial en el campo penal ¹⁰⁴ puede explicarse, al menos parcialmente, desde la perspectiva de la influencia de la cultura política y administrativa de la UE. A estos efectos, el trabajo estudia la reciente transformación de las políticas de control migratorio, que ha producido un verdadero *giro gerencial* en este ámbito de la penalidad ¹⁰⁵. El texto indaga las razones que explican ese giro gerencial, de las cuales una de las más importantes es el papel capital que han ido adquiriendo cada vez más Frontex (transformada desde septiembre de 2016 en la Guardia Europea de Fronteras y Costas [GEFC]) ¹⁰⁶ y su racionalidad de políticas públicas en el modo de gobierno nacional de las migraciones.

II. LA LIMITADA INCORPORACIÓN DE UNA RACIONALIDAD GERENCIAL EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL

La limitada inserción de una racionalidad gerencial en el campo penal es una característica llamativa del sistema penal español ¹⁰⁷. Esta circunstancia resulta especialmente singular si se tiene en cuenta la evolución de otros sistemas penales de la UE, como los de Francia o Reino Unido. A diferencia de ellos, en el caso español el avance en términos de cooperación sistémica entre agencias penales ha sido escaso, y la planificación cuidadosa del funcionamiento del sistema, con la excepción de algunos ámbitos específicos --como el de prevención de la violencia contra las mujeres--, más bien inexistente. Junto a ello, el funcionamiento por objetivos y el establecimiento de estándares apenas se han desarrollado. A mayor abundamiento, la utilización de criterios numéricos como instrumento de medición del rendimiento del sistema y de consolidación de la legitimidad de las políticas penales ha sido prácticamente desconocida. De hecho, se ha señalado que el sistema penal español destaca comparativamente por la pobreza de sus datos estadísticos ¹⁰⁸.

El análisis de las razones que explican estos rasgos de nuestro sistema penal va más allá del alcance de este artículo. No obstante, la situación descrita no puede entenderse sin tener en cuenta un conjunto de condicionantes políticos y económicos. Entre ellos hay que contar la democratización tardía del sistema político español y los límites y tensiones de su modelo de transición a la democracia ¹⁰⁹. Junto a ello, es necesario tener en cuenta el notable crecimiento económico de las tres décadas anteriores a la recesión reciente ¹¹⁰, que facilitó que los sucesivos gobiernos desatendiesen la conformación de un sistema penal orientado a la eficiencia de costes, a pesar de que se estaba produciendo una formidable expansión de los procesos de criminalización. De hecho, este crecimiento económico sustentó la sorprendente dilatación del sistema penitenciario, que vio incrementada su población un 812% entre 1975-2010.

III. EL GIRO GERENCIAL DE LAS POLÍTICAS DE CONTROL MIGRATORIO

En este contexto de refractariedad de nuestro sistema penal en relación con el gerencialismo penal, las políticas de control migratorio destacan como una excepción clave. Desde el comienzo de la Gran Recesión, este sub-campo de la penalidad ha experimentado una transformación de gran relevancia, orientada a reconfigurar la penalidad migratoria en términos de eficiencia ¹¹¹. Ciertamente, el dispositivo de deportación no ha acogido la cultura de la auditoría ¹¹² y no ha utilizado los resultados cuantitativos como un criterio de legitimidad pública ¹¹³. Por lo demás, a diferencia de lo que ha sucedido en otros Estados de la UE, como Países Bajos, Reino Unido o Francia ¹¹⁴, el Ministerio del Interior nunca ha establecido objetivos de cifras de deportaciones que deben ser ejecutadas anualmente.

Con todo, la reestructuración de este segmento de las políticas de control puesta en marcha por el Ministerio del Interior en el marco del periodo de crisis económica (y política) incluye la cooperación entre agencias de acuerdo con objetivos sistémicos, la organización y el reajuste eficiente de un control selectivo y la mejora del rendimiento del régimen de deportación. En síntesis, el Ministerio ha llevado a cabo una transformación en profundidad de las políticas de control migratorio, que parece haberse sustentado en el lema gerencial de «hacerlo mejor con menos».

Desde el inicio de la crisis económica, que ha producido un importante descenso de los flujos migratorios ¹¹⁵, el dispositivo de deportación ha experimentado una notable contracción. De acuerdo con los datos de Eurostat, el Ministerio del Interior y el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura ¹¹⁶, entre 2008 y 2016 el número de deportaciones (expulsiones y devoluciones) ejecutadas ha disminuido un 65'8%, el volumen de detenciones por motivos migratorios lo ha hecho un 59'8%, y el de internados en Centros de Internamiento para extranjeros (CIE) ha caído un 69'3% ¹¹⁷.

No obstante, el rasgo básico de la transformación reciente no es (solo) la contracción de los instrumentos de penalidad migratoria, sino su creciente eficiencia. El declive del número de deportaciones ha permitido mejorar el rendimiento del sistema. En España, al igual que en otros Estados de la UE, como Francia, Italia o Países Bajos, la mayoría de las deportaciones acordadas no son finalmente ejecutadas ¹¹⁸. El nuevo esquema ha facilitado que la tasa de deportaciones ejecutadas haya subido del 40% por vez primera, en 2013 y 2015 (Fuente: Eurostat). De forma más relevante aún, la creciente adaptación del modelo hacia lo que se han denominado como «expulsiones exprés» ¹¹⁹ ha hecho el proceso de deportación mucho más económico, ágil y planificado ¹²⁰. La cuidadosa coordinación de los transportes de repatriación con destino a países específicos organiza el procedimiento en su conjunto. La disponibilidad de un medio de transporte lleva a las unidades policiales a concentrarse en la detección y arresto de extranjeros deportables de determinadas nacionalidades, en número suficiente para llenar el avión de retorno ¹²¹. Este nuevo modelo hace inútiles e ineficientes los controles policiales aleatorios que caracterizaron el esquema previo de control migratorio. Junto a ello, en la medida en que las deportaciones se llevan a cabo de inmediato --es decir, dentro de un plazo de 72 horas--, el nuevo modelo hace crecientemente innecesario el uso de centros de internamiento, que resultan especialmente costosos, tanto en términos económicos como políticos.

En suma, el componente más relevante del giro gerencial de nuestro modelo de penalidad migratoria ha sido la disponibilidad y la planificación de operaciones colectivas de repatriación, junto con la ejecución de «expulsiones exprés». En este punto, la contribución de Frontex ha sido particularmente

trascendente ¹²².

IV. LA INFLUENCIA DE LA CULTURA POLÍTICA DE LA UE Y EL GIRO GERENCIAL DE LA PENALIDAD MIGRATORIA

A la hora de interpretar esta forma de inserción de una racionalidad gerencial en nuestro sistema penal deben considerarse una serie de razones. En primer lugar, el régimen de deportación es un sub-campo especialmente costoso del sistema penal ¹²³. En segundo lugar, la grave ineficiencia del anterior modelo de control migratorio ¹²⁴ ha contribuido a promover el actual giro gerencial. En tercer lugar, el nivel relativamente elevado de cuestionamiento público de este ámbito de las políticas penales y las críticas contra el gobierno expresadas por organizaciones sociales e instituciones ¹²⁵ también ha ayudado a activar un modelo de mejora del rendimiento de la penalidad migratoria. Sin perjuicio de todo ello, hay otra razón capital que no puede desconocerse. Esta circunstancia, que ha sido señalada por altos funcionarios policiales que operan en este campo ¹²⁶, tiene que ver con la influencia de la UE, de sus instituciones y de su cultura política en esta esfera de las políticas públicas. La literatura académica ha enfatizado oportunamente que la cultura institucional de la UE ¹²⁷, y más en concreto de sus instituciones y funcionarios de control migratorio ¹²⁸, se caracteriza por un elevado nivel de incorporación de las racionalidades del *new public management* (nueva gestión pública) y la gobernanza de las políticas públicas. Todo ello se ve ilustrado por los principios y el funcionamiento de Frontex y de la actual GEFC. El objetivo principal de la Guardia Europea, tal como lo establece el art. 1 del Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, es «...garantizar una gestión europea integrada de las fronteras exteriores», a lo que se añade la finalidad de «...gestionar eficazmente el cruce de las fronteras exteriores». El papel fundamental que juega la eficiencia en la filosofía de gestión de fronteras y repatriaciones coactivas de Frontex y de la GEFC se ha reiterado en una amplia pluralidad de informes de la agencia ¹²⁹, así como en documentos básicos de la Comisión Europea, como la *Agenda Europea de Migración* (de 13 de mayo de 2015; COM(2015) 240 final), el *Plan de Acción de la EU en Materia de Retorno* (de 9 de septiembre de 2015; COM(2015) 453 final), y el *Return Handbook* (de 9 de septiembre de 2015). Probablemente el instrumento normativo más revelador en este sentido es la reciente Recomendación (UE) 2017/432 de la Comisión, de 7 de marzo de 2017, *sobre la manera de lograr que los retornos sean más eficaces al aplicar la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*.

En este marco, una de las labores principales de Frontex y de la Guardia Europea es realizar «análisis de riesgo» dirigidos a prevenir y minimizar la llegada de migrantes irregulares al territorio Schengen (art. 8, 11 Reglamento (UE) 2016/1624) ¹³⁰. Por lo que hace al terreno de las repatriaciones coactivas, tarea fundamental de la agencia es «...asistir a los Estados miembros (...) a cumplir su obligación de retornar a los retornados, también mediante la coordinación u organización de operaciones de retorno...» (art. 8.1 del Reglamento).

La coordinación de operaciones conjuntas de expulsión es una medida que goza de una cierta tradición, que ya se había ensayado antes del establecimiento de Frontex a finales de 2004 ¹³¹. Sin embargo, desde entonces tal labor se le ha atribuido a tal agencia, y a su continuadora la GEFC, hasta el punto de que se ha convertido en una de sus principales razones de ser, como evidencia en particular la regulación de los arts. 27 y ss. Reglamento (UE) 2016/1624 ¹³². Como se ha señalado previamente, la organización de operaciones conjuntas de retorno constituye un componente de la máxima importancia del dispositivo de deportación español, y su coordinación por parte de Frontex y la Guardia Europea es lo que ha permitido la introducción de una racionalidad de eficiencia en el sistema de control migratorio, que lo ha hecho más flexible, planificado y económico. En síntesis, la UE y Frontex-GEFC no solo han aportado asistencia política y técnica y sustento financiero (452'5 millones de euros para el periodo 2014-2020) al campo del control migratorio. También han incorporado, de forma significativa por medio de las actividades de formación de los operadores nacionales que lleva a cabo constantemente la agencia (arts. 8.1, 36 Reglamento (UE) 2016/1624), una racionalidad gerencial a las políticas españolas de penalidad migratoria.

Como ha señalado la literatura especializada ¹³³, las políticas de control migratorio tienden a operar como una suerte de laboratorio de prueba de racionalidades y prácticas innovadoras en el campo punitivo. Si ello es así, y el control migratorio se convierte en la punta de lanza de la inserción de una

racionalidad gerencial orientada a la eficiencia en la penalidad hispana, se deberá en gran medida a la cultura política de la UE y de sus agencias de gestión de fronteras.

El paradigma de la privación de libertad de solicitantes de protección internacional en Europa: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. el Derecho de la Unión Europea

Esther Pomares Cintas

Profesora Titular de Derecho Penal

Universidad de Jaén

A Juan Terradillos, por su resistencia a la transformación mercantilista de las herramientas contra la inmigración ilegal.

I. LA PARTICULAR SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD INHERENTE A LA PERSONA SOLICITANTE DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

El solicitante de asilo o protección internacionales un extranjero, o apátrida, que se acerca al territorio de un Estado de que no es nacional para ejercer un derecho a demandar amparo frente a una situación de persecución o una grave amenaza a sus derechos fundamentales (vida, libertad, derecho a no sufrir tortura, tratos inhumanos o degradantes) por parte del país de origen que no los garantiza. No es delincuente, ni es infractor administrativo, ni es infractor de nada, porque actúa en el marco de un derecho internacionalmente reconocido a solicitar protección en otro país. Trae consigo, por tanto, un aura de especial vulnerabilidad internacionalmente reconocida: al desarraigo, por ser extranjero o apátrida, se une el desamparo provocado por la ausencia de protección efectiva del país de origen, que además no puede reclamarse, y la imposibilidad de retornar al mismo ¹³⁴. Ante esta situación, analizaremos el estándar de las garantías de protección de los derechos fundamentales de las personas desplazadas a Europa en el marco del ejercicio del derecho a solicitar asilo o protección internacional. En primer lugar, se abordará esta cuestión desde el prisma del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (CEDH, en adelante) y la jurisprudencia evolutiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante), y, a partir de ahí, compararemos el alcance de los derechos de los solicitantes de protección internacional en el Derecho de la Unión Europea.

II. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE SOLICITANTES DE ASILO Y SUS GARANTÍAS EN EL MARCO DEL CEDH Y LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

El CEDH no prevé el derecho de asilo ni la protección de los refugiados. Sin embargo, los criterios jurisprudenciales emanados del TEDH han ido asentando una esfera esencial de protección de los derechos fundamentales de las personas solicitantes de asilo en el marco del ejercicio del derecho a solicitar amparo internacional. Incluso se puede afirmar que el Tribunal ha adaptado la interpretación de determinados derechos y libertades fundamentales reconocidos en el CEDH a la particular situación de vulnerabilidad ante la violación de derechos humanos que es inherente a este colectivo de personas desplazadas ¹³⁵: se ha pronunciado especialmente sobre el derecho a no sufrir tortura, tratos inhumanos o degradantes, que también protege del riesgo de ser sometido a tales tratos (art. 3 CEDH) ¹³⁶, el derecho a un recurso efectivo, entendido como la exigencia de un examen del fondo y riguroso de la solicitud y de los efectos suspensivos de pleno derecho de una medida de alejamiento que se impugne (art. 13 CEDH) ¹³⁷, y el derecho a la libertad y a la seguridad de los peticionarios de asilo (art. 5 CEDH).

El objeto de estas líneas va dirigido específicamente a medir el alcance del derecho a la libertad y seguridad de los solicitantes de protección internacional a la luz del TEDH.

1. Supuestos de privación de libertad de solicitantes de asilo en el marco del CEDH

El modelo de privación del derecho fundamental a la libertad relacionado específicamente con la condición migratoria, es decir, al margen de la causa por delito, está expresamente reconocido en el art. 5.1.f) CEDH. El precepto establece que « *nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley*»: f) « *Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición*». En este contexto, el CEDH permite la detención o el internamiento de extranjeros exclusivamente en dos supuestos:

- Para impedir la entrada ilegal en el territorio.
- Para asegurar la ejecución de una medida de alejamiento del territorio (procedimiento de expulsión de inmigrantes ilegales, o un procedimiento de extradición).

Se observa que la privación de libertad que contempla el citado precepto no se reduce a las hipótesis relacionadas con el procedimiento de ejecución de una orden de expulsión de inmigrantes ilegales, sino que se concibe también como medida en el marco de la entrada de extranjeros --para impedir su entrada ilegal en el territorio--, asimilando ambos supuestos a estos efectos. Por otro lado, la específica alusión al momento de la entrada en el territorio es indicativa de un formato *ab initio* de privación de libertad que se inscribe en la potestad estatal del control de fronteras, en la lucha preventiva dirigida al inmigrante *irregular* o *clandestino*, al potencial inmigrante *ilegal* ¹³⁸. Sin embargo, no es éste el perfil de los solicitantes de protección internacional, de las personas que se acercan al territorio de otro Estado buscando amparo ante unas circunstancias excepcionales que fundamentan internacionalmente, y de antemano, el ejercicio del derecho a demandar ese auxilio. Veamos cómo ha argumentado el TEDH la privación de libertad de los solicitantes de asilo, esto es, aquélla que se practica en el primero de los supuestos que autoriza el CEDH para extranjeros: con ocasión de la entrada en el territorio y en el marco del ejercicio del derecho de petición de protección internacionalmente reconocido. Es decir, la detención/internamiento de los infractores de nada (STEDH Asunto Saadi vs. Reino Unido, núm. 13229/03, de 29 de enero de 2008).

En nombre de la primacía de la potestad estatal de control de fronteras, de la custodia del modelo de entrada, circulación y permanencia de extranjeros en el territorio, los Estados han creado lugares de contención y confinamiento de extranjeros en lo que el TEDH identifica como puntos críticos con ocasión de la entrada: puestos fronterizos y zonas de tránsito o espera aeroportuarias. Un momento y lugar claves de especial vulnerabilidad para los solicitantes de asilo, que subraya la suya propia: «el riesgo que corren de ser retornados al país de origen en donde temen sufrir tratos que han originado la huida» ¹³⁹. En estos lugares la única oportunidad real de salir es ésa: abandonando el territorio en el que han entrado y regresar al país al que por su condición de demandantes de asilo no pueden retornar (SSTEDH Asunto Amuur vs. Francia, núm. 19776/92, de 25 de junio de 1996, Asunto Saadi vs. Reino Unido, núm. 13229/03, de 29 de enero de 2008).

Aunque el art. 5.1. f) utiliza la expresión «*impedir*» que el extranjero «*entre*» ilegalmente en el territorio, el TEDH aclara que los puestos fronterizos y zonas de tránsito aeroportuarias son parte del territorio donde despliega el Estado su soberanía. Por tanto, los solicitantes de asilo que, en estos lugares se encuentran, ya han entrado en el territorio donde ejerce jurisdicción el Estado de que se trate y éste tendrá que asumir la obligación de garantizar el ejercicio del derecho de solicitud de protección internacional (STEDH Asunto Shamsa vs. Polonia, núms. 45355/99 y 45357/99, de 27 de noviembre de 2003). A ello se anuda una segunda observación: la privación de libertad que cubre expresamente el art. 5.1.f) CEDH tiene como finalidad «*impedir*» que el extranjero *entre* «*ilegalmente*» en el territorio. El precepto parte de una presunción fundada en la primacía del interés estatal del control de fronteras: la figura de un potencial inmigrante *ilegal* o infractor de la normativa migratoria. Sin embargo, es una presunción que cabe matizar respecto de las personas peticionarias de asilo, pues su entrada está estrictamente vinculada al ejercicio del derecho a solicitar amparo en otro país por circunstancias legal e internacionalmente reconocidas. Para evitar trasladar el estigma del inmigrante ilegal al solicitante de asilo, el TEDH ha interpretado que este colectivo tiene, de antemano, como tal, derecho a la entrada porque es precisamente la entrada en el territorio del país lo que posibilitará la presentación de la petición de asilo ¹⁴⁰. En suma, la entrada en el territorio es un derecho sólo y exclusivamente justificado y anudado al derecho de petición de protección internacional cuyo ejercicio debe garantizar el Estado de que se trate. El TEDH ha derivado este derecho de entrada, y excepcionalmente para los demandantes de asilo, del derecho a la libertad personal (a partir del Asunto Amuur vs. Francia, núm. 19776/92, de 25 de junio de 1996). Esta consideración tiene especial relieve para rebatir el carácter delictivo de la colaboración de terceros en el desplazamiento de los solicitantes de asilo (tráfico ilegal de migrantes) ¹⁴¹, debido a la ausencia del carácter clandestino de este colectivo de desplazados.

Con todo, lejos de cuestionar la paradoja de permitir detener o encerrar a un extranjero en el marco del ejercicio del derecho a solicitar protección internacional que debe garantizar el Estado de que se trate (no hablamos de los centros de acogida), el TEDH se ha centrado en elaborar las garantías que debe reunir la privación de libertad de los solicitantes de asilo en la condición de tales. El objetivo no es, por tanto, discutir estas prácticas respecto de infractores de nada, sino de prohibir privaciones de libertad arbitrarias, determinar el filtro de su legalidad para que puedan ser cubiertas por el CEDH (SSTEDH Asunto Amuur vs. Francia, núm. 19776/92, de 25 de junio de 1996, Asunto Saadi vs. Reino Unido, núm. 13229/03, de 29 de enero de 2008).

2. Garantías de la privación de libertad de solicitantes de protección internacional en la jurisprudencia del TEDH

Como se ha subrayado, en el marco de la extranjería las pautas de valoración de la legalidad de la privación de libertad se rigen por principios distintos de los que inspiran la detención por delito o las garantías del proceso penal. El TEDH exige las siguientes condiciones de legalidad de las medidas privativas de libertad de extranjeros, adaptadas a las personas demandantes de protección (*ex art. 5.1 f) CEDH*):

a) *Necesidad* de la privación de libertad vinculada al poder estatal de control de fronteras en el momento de la entrada al territorio y con ocasión del ejercicio del derecho de solicitud de protección internacional. Debe ser el *último recurso*, y así se debe prever legalmente. El criterio de necesidad de la privación de libertad que se practica en el momento de la entrada del demandante de protección internacional debe estar anudado estrictamente al objetivo de que la Administración examine la *admisibilidad* de su solicitud (que compruebe o verifique su condición de solicitante de protección), o, en su caso, analice el fondo de la solicitud (SSTEDH Asunto Amuur vs. Francia, núm. 19776/92, de 25 de junio de 1996, Asunto Saadi vs. Reino Unido, núm. 13229/03, de 29 de enero de 2008) ¹⁴².

b) *Proporcionalidad* de la duración de la privación de libertad. En virtud del interés estatal del control de fronteras que funda esta modalidad de privación de libertad, el TEDH brinda (a los Estados parte del CEDH) un amplio margen de discrecionalidad que regula a través del criterio de la *debida diligencia*, esto es, el plazo de tiempo que se considera *razonable para* una Administración debidamente diligente: en consecuencia, la privación de libertad de un demandante de asilo no puede prolongarse más allá del tiempo necesario para que una Administración eficiente (debidamente diligente) concluya el examen de la admisibilidad de la solicitud de protección internacional ¹⁴³ (SSTEDH, Asunto Saadi vs. Reino Unido, núm. 13229/03, de 29 de enero de 2008, Asunto Barjamaj vs. Grecia, núm. 36657/11, de 2 de mayo de 2013).

c) Las condiciones materiales y personales de la detención o internamiento deben ser *apropiadas* para afirmar la legalidad de la privación de libertad. Los lugares de confinamiento deben ofrecer, en todo caso, garantías de asistencia jurídica, humanitaria, social, condiciones de higiene y medios de subsistencia básicos, y posibilitar el contacto con el exterior. Estas condiciones se encuentran directamente relacionadas también con el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes que garantiza el art. 3 CEDH ¹⁴⁴ (SSTEDH Asunto Amuur vs. Francia, núm. 19776/92, de 25 de junio de 1996; Asunto Mubilanzila Mayeka/Kaniki Mitunga vs. Bélgica, núm. 13178/03, de 12 de octubre de 2006; Asunto Riad/ Idiab vs. Bélgica, núms. 29787/03 y 29810/03, de 24 de abril de 2008; Asunto S. D. vs. Grecia, núm. 53541/07, de 11 de junio de 2009; Asunto M. S. S. vs. Bélgica y Grecia, núm. 30696/09, de 21 de enero de 2011). Por las mismas razones, el internamiento en un centro penitenciario es frontalmente contrario al criterio jurisprudencial del TEDH (STEDH, Asunto Saadi vs. Reino Unido, núm. 13229/03, de 29 de enero de 2008).

3. Conclusiones

El TEDH ha subrayado el contenido esencial de garantías de los derechos fundamentales de los solicitantes de asilo en el marco del derecho a solicitar protección. La atención al ejercicio de ese derecho, junto a la particular situación de vulnerabilidad ante la vulneración de derechos fundamentales (un mal jurídico negativamente valorado) son factores que han convertido a la jurisprudencia del TEDH en una importante salvaguarda frente a prácticas estatales que pretenden hacer naufragar el derecho a solicitar protección internacional en el contexto europeo. Asimismo, la referencia al momento de la entrada en el territorio, el que posibilita el ejercicio del derecho a pedir asilo, ha marcado la clave para distinguir marcos de actuación entre las medidas orientadas para contener flujos irregulares de inmigración y las que permiten garantizar el ejercicio del derecho a la petición de protección internacional ¹⁴⁵.

III. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. El blindaje de la UE frente a las migraciones externas y los desplazamientos de solicitantes de asilo

Garantizar las condiciones del ejercicio del derecho a la solicitud de asilo en el territorio de la UE ha representado un serio obstáculo para el *sistema Schengen*: lograr el objetivo común del *mercado interior* conlleva, como premisa, el control y vigilancia de las fronteras exteriores de la UE. A esta finalidad, desde el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990,

relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes, se ha considerado prioritario formular una política común de lucha contra la inmigración ilegal desde un paradigma eminentemente policial. Se restringen severamente los canales de la inmigración legal en todas sus etapas (entrada, estancia, permanencia) ¹⁴⁶ y se armoniza para todos los Estados miembros un estatus jurídico denegatorio e inocuizador del inmigrante ilegal ¹⁴⁷, consolidado por la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular ¹⁴⁸.

El acervo Schengen sobre las estrategias de combate contra la inmigración ilegal no sólo ha revertido contra el inmigrante ilegal ¹⁴⁹, también ha distorsionado el entendimiento y reconocimiento de los derechos de los solicitantes de protección internacional en la medida en que abren *grietas* en la estructura de blindaje de la UE frente a las migraciones externas. Desde el mencionado ideario, son «cargas molestas» por guardar un perfil preeminentemente humanitario, una particular situación de vulnerabilidad a la que los compromisos internacionales obligan a atender.

Como medida de contención de esas grietas humanitarias, la gestión del ejercicio de los derechos de los solicitantes de protección que se desplazan al territorio europeo nació íntimamente vinculada a la premisa y herramientas del control de las fronteras exteriores (Capítulo VII Convenio de Schengen de 1990), provocando, por tanto, *ab initio* una significativa restricción de las garantías de sus derechos. En efecto, se parte de una clara opción política al asignar, como criterio preferente, la obligación de acogida y examen de la solicitud de asilo al Estado miembro responsable del control de la entrada en el territorio de la UE del necesitado de protección internacional. Como es previsible, ante un volumen extraordinario de desplazados, este sistema conduce a aumentar las cargas de los Estados con mayor extensión de frontera exterior marítima y terrestre en el Sur de la Unión Europea, así como en el Este. Queda relegado el criterio de selección de la persona afectada, el que busca mayores posibilidades de integración en la sociedad de acogida por motivos socioculturales o lingüísticos. Así nació y se desarrolló el denominado *sistema Dublin* I (1990) ¹⁵⁰, II (2003) ¹⁵¹, III (2013) ¹⁵², formando siempre parte intrínseca del Acervo Schengen. La estructura bicéfala Schengen-Dublin representa tácticamente la tendencia al tratamiento del solicitante de protección internacional como si fuera una cuestión de inmigración ilegal, de modo que la política de control y represión de la inmigración clandestina o ilegal ha ido conformando las medidas que condicionan el ejercicio del derecho a solicitar asilo o protección internacional en el ordenamiento de la UE ¹⁵³. Veamos sus manifestaciones:

a) Se produce un vaciado de contenido del derecho a la entrada como presupuesto del ejercicio del derecho a la petición de protección internacional: la «debilidad» tácticamente diseñada del sistema Dublín ha apostado por no arbitrar canales flexibles de entrada para este perfil humanitario de desplazados, seguramente bajo la consigna de evitar que los inmigrantes irregulares puedan aprovechar esos cauces ¹⁵⁴. En consecuencia, la prioridad de neutralizar los recurrentes «factores de atracción» de movimientos de inmigración irregular ¹⁵⁵ ha condenado a los solicitantes de protección internacional a confluir con los inmigrantes económicos irregulares en los desplazamientos clandestinos.

b) La *externalización* de las estrategias de contención de los desplazamientos de los demandantes de protección internacional hacia las fronteras exteriores de la UE. El Acuerdo entre la UE y Turquía, de 18 de marzo de 2016, avala un sistema de «trueque de personas» que ficticiamente la Comisión Europea denomina «vía legal y segura a través del reasentamiento» para entrar en la UE: por cada una de las personas desplazadas devueltas por la UE a Turquía, la UE se compromete a reasentar en su territorio a un refugiado que no haya entrado o tratado de entrar previamente en territorio europeo, y se encuentre en Turquía. Esta infraestructura se ha complementado a través del refuerzo de operaciones militares de la OTAN, que interrumpen el itinerario de solicitantes de refugio hacia la UE, devolviéndolos a Turquía.

c) Se ha creado, en definitiva, un sistema de gestión del ejercicio del derecho de solicitud de protección internacional en la UE encorsetado y complejo, «un enjambre burocrático» ¹⁵⁶ basado en el lenguaje de cruces *irregulares* de fronteras, de procedimientos de *traslados*, *readmisiones*,

reubicaciones (en virtud del sistema *ad hoc* de reparto de cuotas de solicitantes entre Estados miembros, en septiembre de 2015) ¹⁵⁷, y, finalmente, de *reasentamientos* (por aplicación del Acuerdo entre la UE y Turquía, en marzo de 2016).

El tratamiento del solicitante de protección internacional como si fuera una cuestión de inmigración ilegal no sólo ha repercutido en el derecho a la entrada con ocasión de la demanda de amparo, también en el derecho a la libertad de este perfil de desplazados, hasta el punto de consolidar el paradigma de la privación de libertad de los infractores de nada.

2. La «acogida» de solicitantes de protección internacional en «régimen de internamiento»: el confinamiento en centros especializados de internamiento

En contraste con el CEDH, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 18 diciembre 2000, sí reconoce expresamente el Derecho de asilo (art. 18); sin embargo, lo adapta a los objetivos comunitarios, y, por ende, a las singularidades y naturaleza del Derecho de la UE encaminado a su realización ¹⁵⁸. Este proceso de *comunitarización* de los derechos fundamentales ha alcanzado asimismo al derecho a la libertad de los extranjeros con ocasión de su condición migratoria ¹⁵⁹. La Carta, a diferencia del CEDH, introduce una cláusula general que autoriza establecer limitaciones a los derechos fundamentales « *cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión*» (art. 52.1) ¹⁶⁰. El lenguaje actuarial y el estigma de la privación de libertad de los inmigrantes ilegales se han extendido a los solicitantes de protección internacional. Legalmente, ambos perfiles de personas desplazadas a las puertas de la UE pueden ser internados en *Centros especializados* para extranjeros (distintos de los centros de acogida). El entramado normativo que concibe y regula la privación de libertad de los infractores de nada se encuentra en varios instrumentos de armonización legislativa de los ordenamientos internos de los Estados miembros. Directiva 2013/33/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (en adelante, Directiva 2013/33); Reglamento (UE) 604/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida; Directiva 2013/32/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. Veamos la infraestructura de la eufemísticamente denominada *acogida* de los solicitantes de protección internacional en *régimen de internamiento* (Considerando 19 de la Directiva 2013/33).

2.1. Supuestos de privación de libertad de solicitantes de protección internacional en el Derecho de la UE

Como presupuesto para la privación de libertad de solicitantes de protección internacional en el marco del Derecho de la UE, la Directiva 2013/33 requiere expresamente la *necesidad* del internamiento como *último recurso* (art. 8, apdos. 1, 2, 4) y también la *proporcionalidad* de su duración basada en lo que se considera razonable --« *lo más breve posible*»-- para una Administración debidamente diligente (art. 9.1), criterio difícil de garantizar de antemano debido al entramado burocrático que identifica hoy la gestión del derecho a la solicitud de asilo en el ordenamiento UE. Con todo, se observa que, bajo la expresión táctica «acogida en régimen de internamiento», se ha *generalizado* el recurso al internamiento de solicitantes de protección internacional en comparación con el restringido ámbito de privación de libertad que autoriza el art. 5.1 f) CEDH, de conformidad con la jurisprudencia del TEDH adaptada a este perfil de desplazados. En efecto, el art. 8.3 Directiva 2013/33 no sólo tipifica como *motivo* del internamiento de solicitantes de protección internacional « *decidir, en el marco de un procedimiento, sobre el derecho del solicitante a entrar en el territorio*» (c), supuesto correlativo al previsto por el art. 5.1 f) CEDH --*para impedir que entre ilegalmente en el territorio*. El apartado 3 del art. 8 de la Directiva, a pesar de la expresión « *un solicitante solo podrá ser internado...*», es especialmente prolijo cuando regula las excepciones al derecho a la libertad de solicitantes de amparo. Admite la práctica del internamiento también en estos otros casos: (a) para determinar o verificar su identidad o nacionalidad; (b) para determinar los elementos en que se basa la solicitud de protección internacional que no podrían obtenerse sin el internamiento, en particular cuando exista riesgo de fuga del solicitante; (e) cuando así lo exija la protección de la seguridad nacional y el orden público; (f) en los procedimientos de traslado o readmisión del solicitante de protección internacional a otro Estado. En suma, el Derecho

de la UE introduce el internamiento de solicitantes de protección internacional en supuestos de privación de libertad no cubiertos expresamente por el CEDH.

2.2. Garantías personales y materiales del régimen de internamiento de solicitantes de protección internacional en el Derecho de la UE

Respecto a estas otras garantías de la privación de libertad que ha desarrollado el TEDH, la Directiva 2013/33 alude específicamente a la necesidad de separar a los solicitantes de los que no lo son (art. 10.1), al acceso a espacios al aire libre (art. 10.2), a las condiciones de intimidad para las «familias internadas» (art. 11.4), a la separación de hombres y mujeres solicitantes (art. 11.5), al acceso, bajo el respeto de la intimidad, a servicios de asesoramiento jurídico, comunicación con familiares, y representantes de ONG (art. 10.4), a recibir información sobre las normas aplicables en el centro y sobre sus derechos y obligaciones en una lengua que comprendan (art. 10. 5). Sin embargo, de antemano, la Directiva permite a los Estados miembros *suspender* garantías respecto de las condiciones materiales/personales del régimen internamiento de solicitantes de protección internacional: «Puede haber casos en los que no sea posible en la práctica garantizar inmediatamente determinadas garantías de acogida en régimen de internamiento debido, por ejemplo, a la localización geográfica o la estructura específica del centro de internamiento» (Considerando 19). Si se observa con detenimiento, las condiciones del internamiento de los demandantes de amparo internacional pueden ser más precarias en los puestos fronterizos o zonas de tránsito aeroportuarias porque es precisamente allí el lugar en el que la Directiva autoriza ser suspendidas. Y son precisamente esos lugares los que han constituido el foco de atención y preocupación por parte del TEDH, que ha establecido garantías materiales y personales como condición necesaria para considerar legal la medida de privación de libertad. Veamos:

La necesidad de separar a los solicitantes de los que no lo son admite excepciones (art. 10.1 Directiva 2013/33), garantizar condiciones de intimidad para las «familias internadas» admite excepciones en los casos de internamiento en un puesto fronterizo o en una zona de tránsito (art. 11.6), separar a hombres y mujeres solicitantes admite excepciones en los casos de internamiento en un puesto fronterizo o en una zona de tránsito (art. 11.6), recibir información sobre las normas aplicables en el centro y sobre sus derechos y obligaciones en una lengua que comprendan admite excepciones cuando el solicitante esté internado en un puesto fronterizo o en una zona de tránsito aeroportuaria (art. 10. 5). Por otro lado, el acceso, bajo el respeto de la intimidad, a servicios de asesoramiento jurídico, comunicación con familiares, y representantes de ONG se puede limitar cuando sea necesario para la gestión administrativa del centro de internamiento, entre otros motivos indeterminados (art. 10.4). La Directiva aclara que la suspensión de garantías en el centro de internamiento debe ser «temporal»; sin embargo, también lo debe ser, y «lo más breve posible», la privación de libertad del solicitante de protección internacional. Cabe entonces barajar la hipótesis de un régimen de internamiento bajo la ausencia de esas garantías en el tiempo de duración del mismo. Y si es así, no podría practicarse, de antemano, por posible violación del derecho a la libertad y el derecho a no sufrir trato degradante, derechos fundamentales cuyo alcance ha sido conformado por el TEDH para salvaguardar a los solicitantes de asilo.

Este despropósito de cubrir suspensiones de garantías en el régimen de internamiento de infractores de nada culmina con la decisión de autorizar el internamiento en un *Centro Penitenciario* cuando un Estado miembro «no pueda proporcionar la acogida en un centro de internamiento especializado» (art. 10.1 Directiva 2013/33): allí «será mantenido separado de los presos comunes». El Derecho de la UE permite a los Estados miembros internar, también en el centro penitenciario, a personas solicitantes de protección internacional vulnerables (art. 11.1 Directiva 2013/33), a menores acompañados (art. 11.2). Es la misma fusión utilitaria de los planos administrativo y penal, la criminalización que impregna la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Un planteamiento contrario al criterio jurisprudencial del TEDH y al Comité Económico y Social Europeo ¹⁶¹.

3. Conclusiones

El Acervo Schengen sobre el control de fronteras exteriores, y la política de combate contra la inmigración ilegal, han distorsionado todo entendimiento de la acogida y las garantías del ejercicio del derecho a solicitar protección internacional en el marco de la UE. El Derecho de la UE ha asimilado tácticamente las estrategias de control de la inmigración ilegal y la gestión de los peticionarios de asilo. El sistema Schengen-Dublin ha elaborado un lenguaje actuarial disuasorio también frente a este colectivo vulnerable de personas desplazadas que implica movimiento de un

lugar a otro, sin un destino cierto de antemano, al igual que mercancías difíciles de colocar en el mercado ¹⁶². Ello ha conducido al blindaje de la UE también frente a los desplazamientos de personas solicitantes de protección internacional ¹⁶³. El Derecho de la UE ha ido consolidando una estructura que se resiste a reconocer el estándar mínimo de protección de los derechos de los solicitantes de asilo asentado por la jurisprudencia del TEDH. Ha *generalizado* el recurso al internamiento ¹⁶⁴, integrando espacios de privación de libertad no cubiertos por el CEDH (art. 5.1) ni, por ende, por la jurisprudencia del TEDH que se ha pronunciado en relación con los demandantes de amparo internacional: una suerte de ficticia *acogida* de personas vulnerables que viola el derecho a la libertad y a la integridad moral. Es el paradigma de los centros de internamiento especializados como *contenedores* de solicitantes de asilo.

Abusos de mercado y Derecho penal: España e Italia frente al impulso europeo

Adán Nieto Martín

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Castilla-La Mancha

Luigi Foffani

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Modena e Reggio Emilia

I. LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y EL ABUSO DE MERCADO

Juan Terradillos fue el primer penalista español que se ocupó de la europeización del Derecho penal económico. Su pequeño pero substancioso libro «Delitos societarios. El Derecho Penal en las Sociedades Mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE», publicado en 1987 después de una estancia de investigación en Milán a la escuela de Cesare Pedrazzi --el gran maestro del Derecho penal económico en Italia y uno de los precursores de la europeización del Derecho penal--, analizaba por primera vez las obligaciones de incriminación que se derivaban de las directivas relativas a la información societaria: «No puede, pues hablarse de un Derecho Penal comunitario de sociedades, pero, por el contrario tampoco puede desconocerse el imperativo, dirigido a los Estados miembros, de adoptar las necesarias medidas para garantizar de manera armónica los intereses que la actuación de las sociedades ponen en juego» ¹⁶⁵. Algunos años más tarde --¡sólo treinta!-- el proceso de europeización del derecho penal económico es innegable, y tiene acomodo en el TFUE a partir fundamentalmente de la «competencia aneja» contenida en el art. 83.2 (y también --por lo que se refiere a algunos sectores específicos, como el blanqueo de capitales y la corrupción-- con fundamento en la «competencia directa» ex art. 83.1 TFUE).

El libro de Juan Terradillos fue premonitorio, en cuanto --ya antes del Tratado de Lisboa y del reconocimiento formal de una competencia de armonización penal en este sector del derecho de sociedades-- el TJCE, con una importante sentencia de 2005 sobre el asunto Berlusconi y otros ¹⁶⁶ --es decir sobre la escandalosa reforma del delito de falsedad en las cuentas en Italia realizada en el 2001 por el Gobierno Berlusconi y de la cual acabó por beneficiarse el mismo Presidente del Gobierno-- afirmó que la veracidad y fiabilidad de la información económica de las sociedades mercantiles es un bien jurídico que necesita de protección a través de «sanciones adecuadas, proporcionadas y disuasorias», en el interés de los socios y sobre todo de los terceros, abriendo así las puertas --a la luz del art. 83.2 TFUE que 3 años más tarde habría visto la luz-- a una política europea de armonización de las sanciones penales y administrativas en este sector tan básico del derecho de sociedades.

Si en materia de protección de la veracidad de las informaciones societarias y de criminalización de las falsedades en las cuentas no se han producido todavía iniciativas concretas de armonización penal, el sector del Derecho penal de Sociedades donde más fuerte se ha advertido el viento de la armonización europea es sin duda alguna el sector de las sociedades cotizadas en los mercados financieros. El nuevo Derecho penal de los mercados financieros se ha rápidamente convertido --en el último cuarto de siglo-- en el sector más intensamente europeizado de todo el Derecho penal económico y en especial los delitos de *Abuso de Mercado* («*Market Abuse*») se han transformado en la «punta de lanza» del proceso de europeización del Derecho penal económico: verdaderos ejemplos de «Eurodelitos», para emplear la emblemática expresión que fue el lema (palabra guía) de un ambicioso y pionero proyecto de investigación y de propuesta de reforma dirigido hace casi 20 años por Klaus Tiedemann.

En estos momentos está pendiente la transposición de la Directiva 2014/57 sobre sanciones penales aplicables al abuso de mercado (Directiva sobre abuso de mercado), así como --al nivel de la regulación y de las sanciones administrativas-- el paralelo Reglamento de 2014 sobre abuso de mercado. Nuestro pequeño homenaje a Juan será analizar las modificaciones legislativas que obliga a realizar la Directiva penal en dos estados, España e Italia, con experiencias legislativas y prácticas bien diversas, mostrando además las profundas implicaciones que tiene el Derecho de la Unión sobre el Derecho penal económico, que van mucho más allá de lograr una simple homogeneidad normativa.

En efecto, sería completamente erróneo entender que la europeización equivale a la armonización. La armonización es sólo una manifestación más de un fenómeno más profundo que conlleva un proceso de federalización de los derechos penales nacionales. Los efectos de la armonización que se producen en un tratado internacional, son diferentes a los que se producen mediante una directiva. Es más, como seguidamente vamos a analizar, existen varias formas de europeización del Derecho penal, que representan diversos grados de integración.

El sector más europeizado es, sin duda, el derecho sancionador de la competencia que comporta un modelo plenamente supranacional, aunque propiamente ajeno al sistema penal estrictamente entendido. Es la Comisión Europea la que investiga y sanciona mediante multas administrativas y sanciones interdictivas las prácticas colusorias, las concentraciones prohibidas y los abusos de posición de dominio, con un recurso ante el TJUE. Desde la aprobación del Reglamento 1/2003 --y en varios ordenamientos europeos ya en época anterior-- las autoridades nacionales actúan de manera complementaria ocupándose de las infracciones menos graves, a partir de infracciones que son miméticas de las europeas. El Reglamento 1/2003 establece además un sistema de cooperación administrativa sancionadora que resulta mucho más avanzado, por ejemplo, que el de cooperación judicial edificada sobre la base del principio de reconocimiento mutuo ¹⁶⁷. El papel del Derecho penal estatal de la libre competencia es realmente marginal y se reduce fundamentalmente a tipos penales que castigan los acuerdos colusorios en materias de licitaciones públicas. En este terreno han existido algunos intentos incipientes de armonización, al socaire de la protección de los intereses financieros ¹⁶⁸.

La protección de los intereses financieros constituye también un modelo altamente supranacional, pero que a diferencia del Derecho de la competencia resulta marcadamente penal. La supranacionalidad viene determinada por la conjunción de varios factores. Primero, una intensa armonización de los tipos penales nacionales. Tras la reciente Directiva para la protección de los intereses financieros ¹⁶⁹ no sólo se ha conseguido una alta armonización de los preceptos, sino también de las penas, fijando el umbral mínimo de los casos más graves de fraude. Segundo, el novísimo Reglamento por el que se establece la fiscalía europea consagra un modelo de investigación supranacional que supera el modelo de cooperación horizontal entre autoridades nacionales basado en el principio de reconocimiento mutuo ¹⁷⁰. En tercer lugar, existe también un fuerte componente supranacional en las investigaciones administrativas a través de la Oficina Antifraude de la UE y en la posibilidad de imponer sanciones administrativas procedentes del Derecho de la Unión, desarrolladas sobre la base de la normativa marco contenida en el Reglamento 2988/1995.

Delitos como la corrupción entre privados, el medio ambiente o el blanqueo de capitales se sitúan en un escalón inferior en el proceso de europeización. En estos supuestos encontramos una armonización menos intensa, en cuanto que no alcanza a la armonización de los marcos penales, y además no se han previsto mecanismos especiales de cooperación distintos a los establecidos entre autoridades nacionales sobre la base del reconocimiento mutuo ¹⁷¹.

No obstante, ni aun en estos casos la europeización se reduce a la armonización. Cuando un precepto penal nacional proviene de una directiva europea se produce una transformación de su entorno normativo que afecta a su proceso de aplicación e interpretación. El impacto del derecho de la Unión sobre el tipo penal lo inserta en el ordenamiento europeo, a través de dos elementos de federalización muy importantes.

En primer lugar, la procedencia europea de un tipo penal determina que el TJUE, a través de la cuestión prejudicial, tiene la última palabra en la interpretación de los tipos penales nacionales. Los jueces nacionales, incluido el TS o el TC cuando tengan dudas acerca de la interpretación de un tipo penal armonizado, deben plantear una cuestión prejudicial al TJUE. No hacerlo, como ha indicado ya el TEDH, supone la violación del derecho a la tutela judicial efectiva ¹⁷². Además la interpretación de

un elemento procedente de la directiva, realizada en una cuestión prejudicial interpuesta por las autoridades judiciales de un determinado país, implica la necesidad de acoger esta interpretación en el resto de los países. El TJUE se convierte de este modo en lo tocante a la «unificación de doctrina», en el tribunal de casación del derecho penal armonizado.

No menos importante, es el segundo factor federalizador: la importancia de los Derechos fundamentales recogidos en la Carta, en la aplicación de los tipos penales nacionales procedentes de la directiva. La Directiva sobre abuso de mercado en su preámbulo se encarga de recordarnos esta circunstancia ¹⁷³, señalando además expresamente que las investigaciones de estos delitos «deben garantizar los derechos procesales de los sospechosos o acusados en los procesos penales». De este modo, por ejemplo, una interceptación telefónica, que no respete los contenidos de la Carta --que a su vez tiene como suelo el CEDH-- no podría ser utilizada como prueba de cargo, por mucho que fuera conforme con el derecho constitucional español.

Los efectos federalizantes pueden llegar incluso a cuestionar la validez de algunas regulaciones de la PG y afectar a principios básicos del Derecho penal nacional. Es lo que ha ocurrido en Italia con el conocido caso *Taricco* ¹⁷⁴. Donde el TJUE consideró no sólo que determinados aspectos de la regulación de la prescripción en Italia resultaban contrarios a la obligación de tutelar eficazmente los intereses financieros, sino que además obligó a desaplicarlos en el caso concreto y sancionar a los responsables de la infracción fiscal. El TJUE consideró expresamente que ello no violaba el principio de legalidad en la configuración que este derecho fundamental tiene en el Derecho de la Unión. El principio de irretroactividad, en la configuración europea, no abarcaría las normas de carácter procesal, como es a juicio del Tribunal la prescripción. La polémica que ha generado esta jurisprudencia en Italia, que ha llevado a su Corte Constitucional a interponer una cuestión prejudicial, ha tenido repercusión en la Directiva sobre abuso de mercado. En su preámbulo se señala expresamente que aunque la Directiva obliga a establecer sanciones penales eficaces, «no debe crear obligaciones respecto de la aplicación de dichas sanciones o cualesquiera otros sistemas disponibles para hacer cumplir la legislación, en casos individuales» (punto 14). Con ello se viene a remarcar un aspecto ya presente en la discusión acerca del efecto directo de las directivas, que del incumplimiento de las obligaciones de los Estados (no transponer una directiva, no otorgar una protección eficaz...) no pueden extraerse consecuencias perjudiciales para los particulares en el caso concreto.

La regulación del abuso de mercado comparte desde luego los rasgos de federalización que acaban de reseñarse, pero representa un nivel de superior de europeización. Este mayor nivel se debe a la suma de factores diversos, que hacen del abuso de mercado un modelo original.

En primer lugar, en el abuso de mercado existe un dominio del legislador europeo sobre la política criminal mayor que en otros sectores armonizados ¹⁷⁵. Desde el nacimiento de este sector del Derecho penal, el Derecho de la Unión Europea (y ya anteriormente el Derecho comunitario) ha marcado sus ejes fundamentales, a la par que ha ido aumentando paulatinamente la intensidad de la armonización. La Directiva en materia de abuso de información privilegiada de 1989, conviene recordarlo, fue, conjuntamente con la relativa al blanqueo de capitales, el primer ejemplo de directiva comunitaria que --aun sin hacer ninguna referencia directa al derecho penal-- provocó un significativo efecto de armonización del derecho penal nacional (o, mejor dicho, provocó una primera oleada de criminalización *ab origine* armonizada en la mayoría de los Estados miembros de la Comunidad Europea) ¹⁷⁶. Por primera vez se requería a los Estados miembros que introdujeran «sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias» en relación a una nueva tipificación específica (hasta entonces desconocida en la gran mayoría de los Estados miembros), establecida detalladamente en la normativa europea; y si bien la Directiva de 1989 dejaba libertad a los Estados miembros a la hora de elegir las sanciones, la mayoría de los Estados de la Europa comunitaria eligieron ya en aquella época la vía de la sanción penal (con o sin recurso a la sanción administrativa).

La opción por una armonización «blanda» e indirecta fue seguida también por la Directiva de abuso de mercado de 2003 ¹⁷⁷, la cual, bajo el lema de origen norteamericano del « *Market Abuse*», introducía por primera vez la obligación de sancionar --a lado del abuso de informaciones privilegiadas en los mercados financieros (el llamado « *Insider Trading*»)-- el nuevo tipo de la manipulación del mercado (« *Market Manipulation*»). La Directiva de 2003 --mucho más centrada en la red de la prevención y en las sanciones administrativas-- seguía dejando en manos de los Estados miembros la elección de las sanciones e incluso se trataba de un texto mucho más preocupado por

activar el poder sancionador e investigador de las autoridades del mercado de valores nacionales que por la represión penal.

Pocos años después de su publicación, se empieza a tomar sin embargo conciencia de la tremenda disparidad de los derechos sancionadores nacionales en este ámbito ¹⁷⁸. Esta disparidad, que se considera incompatible con la pretensión de establecer un mercado financiero único, constituye el origen de la actual Directiva sobre abuso de mercado, tal como se establece en su Preámbulo ¹⁷⁹. La pretensión de la Directiva del 2014 no es tanto armonizar comportamientos punibles, algo que ya hace perfectamente el Reglamento sobre abuso de mercado, como crear un marco penal común. Por esta razón establece sanciones mínimas (o mejor dicho un mínimo de pena máxima) para los casos más graves (art. 7). El dominio de la política criminal conduce incluso a la Directiva a establecer criterios para delimitar la intervención del derecho sancionador administrativo y el penal y para determinar los casos más graves de abuso de mercado.

El segundo rasgo determinante de la política criminal del abuso de mercado es la implantación de una estrategia basada en la imposición de obligaciones de colaboración a sujetos privados ¹⁸⁰. Dado que descubrir una práctica abusiva en la inmensidad de las operaciones que se realizan en el mercado es como encontrar una «aguja en un pajar», la legislación del mercado de valores encarga a las agencias de valores --a los brokers-- una función de contenido público como es la de denunciar operaciones sospechosas.

El art. 16 del Reglamento señala expresamente que los organismos gestores del mercado y las empresas de servicios de inversión deben establecer y mantener mecanismos, sistemas y procedimientos eficaces para prevenir y detectar las operaciones con información privilegiada y las manipulaciones de mercado. Estos deberes implican la obligación de notificar a la autoridad del mercado las órdenes de operaciones que resulten sospechosas de información privilegiada o manipulación de mercado. Como puede apreciarse se trata de una obligación inspirada en una técnica de control similar a la que existe en materia de blanqueo de capitales. También aquí existen unos sujetos obligados, debido a que por la profesión que realizan tienen una posición privilegiada para actuar como policías vigilando a los particulares que operan en el mercado de valores.

Una vuelta de tuerca en esta estrategia es la importancia que el Derecho de la Unión y las autoridades del mercado de valores conceden a los *whistleblowers*, como parte del sistema de cumplimiento. El art. 32.1 Reglamento sobre abuso de mercado, han sido desarrolladas pormenorizadamente por una Directiva de ejecución en la que se regulan específicamente las características de los canales de denuncia tanto dentro del sistema de cumplimiento normativo en esta materia, como directamente y de manera anónima ante las autoridades del mercado de valores ¹⁸¹.

La europeización del derecho penal del mercado de valores no sólo viene marcada por un dominio sobre la estrategia de política criminal, sino también por el dominio absoluto sobre la normativa extrapenal. El Reglamento sobre abuso de mercado de 2014 contiene una regulación exhaustiva en esta materia que es imprescindible en la interpretación de los tipos penales nacionales ¹⁸². De hecho la separación entre Reglamento y Directiva no tiene otra explicación que la necesidad de recurrir al art. 83.2 del Tratado en lugar del art. 114 del TFUE. Recuerda por ello a lo que ocurrió en medio ambiente donde las normas penales --las normas de sanción-- se desarrollaron por decisiones marco asentadas en el tercer pilar y la normativa de referencia --las normas de comportamiento-- en el primer pilar ¹⁸³.

Mas el dominio del legislador europeo sobre esta materia viene determinado no solo por la numerosa normativa europea, sino también por el denominado como «método Lamfalussy» de producción normativa ¹⁸⁴. En muchas ocasiones la línea divisoria que marca las operaciones lícitas de las ilícitas, sobre todo en lo concerniente a la manipulación de mercado, no se encuentra trazada con claridad. Por ello, el art. 13 del Reglamento de abuso de mercado establece la necesidad de regular un procedimiento para establecer qué prácticas de mercado resultan admisibles y el art. 5.2 de la Directiva concluye indicando que la manipulación de mercado no será sancionada cuando «las razones por las que la persona que hubiese efectuado la operación o dado las órdenes de negociación sean legítimas y esas operaciones u órdenes se ajusten a las prácticas de mercado aceptadas en el centro de negociación de que se trate». Son las autoridades del mercado de valores, nacional y europea, las que a través de un procedimiento muy singular, el denominado método Lamfalussy, determinan en última instancia muchas de las conductas prohibidas, a través de la fijación de «safe

harbours». El margen de libertad con que se mueven es mucho más amplio que el que existe en las decisiones administrativas y mucho mayor aún que el que tiene la administración a través de su potestad reglamentaria. Pero con independencia de las críticas de legitimidad que pueden realizarse contra este singular método legislativo, lo importante es subrayar que produce una alta europeización de la intervención penal. Pues, en última instancia termina por determinar de manera dinámica los contornos de las figuras típicas, reduciendo el margen de interpretación de los tribunales penales nacionales. Los « *safe harbours*» constituyen una causa de justificación abierta en manos de las agencias de valores.

Finalmente, el alto grado de europeización de este sector viene marcado por la existencia de una autoridad común de los mercados, la AEVM ¹⁸⁵ con amplios poderes de coordinación, supervisión e incluso de sanción ¹⁸⁶, y un sistema de coordinación horizontal muy avanzado entre las autoridades nacionales.

El Reglamento 586/2014 de abuso de mercado regula los medios de investigación que necesariamente deben estar a disposición de las autoridades nacionales similares a la CNMV en España o a la CONSOB en Italia (registros de locales, acceso a bancos de datos, a grabaciones telefónicas de las empresas y servicios de inversión, a los datos de tráfico de llamadas telefónicas (ij), etc.) y establece un sistema de cooperación entre ellas también muy avanzado (art. 27 y ss. Reglamento 569/2014). Las autoridades nacionales que descubran una infracción que afecte a instrumentos financieros que se negocian en otro mercado deben notificarlo de inmediato a la autoridad nacional competente (art. 22 y ss. Reglamento 596/2014). No debe olvidarse que las autoridades del mercado de valores son las que en realidad descubren y, en gran medida, investigan los supuestos de abuso de mercado que acaban en el sistema penal. El Reglamento de abuso de mercado exige específicamente establecer canales fluidos de comunicación entre las autoridades penales y las administrativas ¹⁸⁷.

A estos factores que propician un alto grado de europeización deben añadirse los factores «federalizadores» que acompañan a todo el derecho penal armonizado y que antes señalábamos: la competencia del TJUE a través de la cuestión prejudicial para la interpretación de los tipos penales nacionales y la necesidad de respetar siempre tanto en la imposición de las sanciones como en la investigación de los delitos los derechos fundamentales recogidos en la Carta.

II. SANCIONES PENALES Y ADMINISTRATIVAS

El *excursus* hecho en el párrafo anterior sobre los diferentes modelos de aproximación del legislador europeo frente al derecho sancionador de la competencia (el derecho antitrust) y frente a los abusos de mercado --un modelo que privilegia exclusivamente el recurso a las autoridades y a las sanciones administrativas (tanto a nivel supranacional como nacional) *versus* un modelo orientado progresivamente hacia una siempre mayor integración entre autoridades y sanciones penales y administrativas-- nos induce a una reflexión de orden más general sobre los diferentes sistemas de relación entre sanciones penales y sanciones administrativas en un derecho penal económico proyectado hacia la europeización.

a) El primero es un modelo que podemos definir « *clásico*»: infracción (y sanción) administrativa como infracción (y sanción) *menor*, puesta al lado del sistema penal y con una función específica de deflación y aligeramiento del sistema penal en sentido estricto. Es el modelo que históricamente tiene su referencia más importante en el sistema alemán del « *Ordnungswidrigkeitengesetz*» (OWiG) y que en Alemania ha dado buena prueba de sí en términos de eficiencia sancionadora y de capacidad deflactiva del sistema. Otros ordenamientos europeos (como p. ej. Portugal e Italia) han intentado imitarlo, pero a veces con resultados prácticos decepcionantes. En Italia hay que mencionar la Ley 24 noviembre 1981 Nr. 689, de «Modificaciones al sistema penal», que representa una auténtica ley marco (y una regulación general) del ilícito administrativo, con una parte general claramente inspirada en los principios fundamentales del sistema penal y de corte muy garantista. El sistema del ilícito administrativo implantado en Italia gracias a la Ley 689/1981 ha favorecido y flanqueado una imponente política de descriminalización (en el sentido de transformación o degradación de infracciones penales en infracciones administrativas) en muchos sectores de la parte especial del código penal y sobre todo del derecho penal especial, incluso el derecho penal económico. Un ejemplo significativo lo encontramos en el derecho penal societario (y en muchos otros sectores igualmente caracterizados por una accesoriedad de la intervención penal a las instituciones y reglas del derecho civil), donde hasta final del siglo XX había una plétora de infracciones penales menores (faltas), poco o nunca aplicadas en la práctica, y que con varias reformas (última de las cuales el

D.lgs. 11 abril 2001 Nr. 61) se han convertidas en infracciones administrativas. Se ha conseguido en esta forma el resultado positivo de una deflación del sistema penal y de una repartición de materias formalmente racional entre el penal y el administrativo, fundada sobre el nivel de gravedad de la infracción, la fisionomía del bien jurídico protegido, etc. Pero en la realidad el sistema ha fracasado, en el sentido que la eficacia práctica de este derecho sancionador administrativo «clásico» es casi inexistente: es un sistema muy garantista, pero absolutamente ineficiente y las estadísticas demuestran que solo en mínima parte en Italia se ejecutan las sanciones pecuniarias administrativas reguladas por la ley 689/1981.

b) El segundo modelo es el modelo de la «*doble vía*»: una infracción (y sanción) administrativa muy fuerte y de carácter y vocación extremadamente punitiva, que abandona la vía «clásica» del derecho sancionador administrativo como ilícito «menor» frente al derecho penal (en el caso italiano abandona el marco general de la Ley 689/1981) y se pone en competición con el mismo sistema penal. Este es el sistema que se ha afirmado progresivamente en Italia con la evolución legislativa del derecho sancionador (penal y administrativo) de los mercados financieros y de forma muy especial y muy significativa en la regulación de los abusos de mercado. Como veremos más adelante, en Italia --sobre todo con las reformas de 2005-- el sistema punitivo de los abusos de mercado ha llegado a niveles probablemente sin iguales en Europa --y desde luego sin precedentes en Italia-- en el ámbito del derecho penal económico, por lo que se refiere a la severidad de las sanciones, tanto penales como administrativas; sanciones que parecían destinadas a ser acumuladas las unas con las otras, hasta que el TEDH, con la sentencia pronunciada en el asunto Grande Stevens --referido a un caso de manipulación del mercado en el ámbito del grupo FIAT-- ha puesto en crisis este sistema, por su evidente incompatibilidad tanto con el principio del *ne bis in idem*, como con la exigencia de un *fair trial*.

c) El tercer modelo nos enseña un ilícito administrativo igualmente fuerte y de carácter muy punitivo, pero concebido esta vez como alternativa al penal. Es el modelo --del cual hemos hablado en el párrafo anterior-- que se ha históricamente concretado en la legislación protectora de la competencia (derecho antitrust): en primer lugar a nivel supranacional europeo (pero en realidad con una evidente derivación del sistema norteamericano) y después a nivel nacional (p.ej. en Italia con la Ley 287/1990 que ha instituido la Autoridad garante de la competencia y del mercado). En este modelo aparecen --por primera vez en Europa-- tipos de infracciones de empresa, en el sentido que tanto las normas de prohibición (acuerdos ilícitos, concentraciones prohibidas, abuso de posición dominante) como las sanciones se dirigen directamente a las empresas y no a las personas físicas de los administradores o directivos de la misma. Y se trata de sanciones especialmente rigurosas y de gran impacto económico: hasta el 10% del facturado anual de la empresa y sanciones interdictivas que, en los asuntos de mayor gravedad, pueden llegar a paralizar la actividad empresarial o una parte de la misma. Se trata de un modelo que ha realizado en forma teóricamente perfecta el ideal ilustrado de la subsidiariedad y del derecho penal como *ultima ratio*, haciendo posible la no intervención del derecho penal, gracias a la evidente eficacia de este modelo de control y sanción administrativa, fundado en toda Europa sobre la actuación de agencias independientes y técnicamente muy especializadas. Una no intervención del derecho penal que no se funda sobre una falta de significativa afectación de un bien jurídico de nivel constitucional: todo al contrario, la libertad y lealtad de la competencia corresponde a un bien jurídico de primer nivel, tanto en las constituciones nacionales como --y antes de todo-- en los tratados europeos, y que --frente a otras tipologías de conductas lesivas (corrupción en el sector público y en el sector privado)-- ha dado lugar a una intensa campaña internacional (europea y global) de criminalización. También este modelo ha tenido que medirse con los principios de la jurisprudencia del TEDH (asunto Menarini), que ha calificado estas infracciones y estas sanciones como pertenecientes a la «materia penal» en el sentido más amplio propio de la misma jurisprudencia del TEDH, así que también en este sector habrá que alcanzar inevitablemente un nivel más elevado de garantías, tanto procesales como substantivas, en una problemática tensión entre la exigencia político-criminal de flexibilidad de las infracciones y la exigencia de seguridad jurídica de las empresas.

d) El cuarto modelo es el modelo de la perfecta «fungibilidad» entre sanciones administrativas y sanciones penales. Es el modelo históricamente más reciente y característico --desde una perspectiva europea-- de la responsabilidad de las personas jurídicas. El modelo europeo que está en el origen de esta repentina y sorprendente superación del tradicional dogma del «*societas delinquere non potest*» es un modelo declaradamente y programáticamente indiferente a la naturaleza penal o administrativa de la responsabilidad y de la sanción. Desde el segundo protocolo del Convenio para la protección de

los intereses financieros de la UE de 1997 hasta hoy todas las iniciativas político-criminales europeas requieren sistemáticamente una responsabilización de las personas jurídicas y esta flexibilidad y pragmatismo del modelo europeo --fundado sobre la indiferencia a (y fungibilidad de) la naturaleza penal o administrativa de la responsabilidad-- es probablemente el origen de su extraordinario éxito. La prueba más evidente de la plena fungibilidad de los dos esquemas de regulación (penal y administrativa) se puede fácilmente derivar de la comparación entre Italia y España, es decir entre el sistema italiano del D.lgs. 8 junio 2001 Nr. 231 y el sistema español fruto de las reformas de 2010 y 2015: dos esquemas de regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas casi idénticos en sus contenidos pero calificados uno como formalmente penal (el español) y el otro como formalmente administrativo (el italiano). Sería probablemente superficial calificar esta situación como un «fraude de etiquetas» («*Etikettenschwindel*»); más bien es el resultado de la constatación de la plena fungibilidad de los modelos penal y administrativo de regulación y de sanción puestos en relación a la responsabilidad de las personas jurídicas en lugar de las personas físicas ¹⁸⁸.

III. LA CONSTANTE EXPANSIÓN DE LOS «INSTRUMENTOS FINANCIEROS» Y LA LEGITIMIDAD DE LA INTERVENCIÓN PENAL

Tradicionalmente asociamos los delitos de abuso de mercado con el mercado bursátil y, aún de modo mucho más restrictivo, con las operaciones realizadas con acciones y obligaciones en el mercado primario y secundario. Uno de los aspectos más destacables de la regulación europea en los últimos años ha sido la paulatina extensión del concepto de instrumento financiero. El objetivo de los cambios legislativos ha sido la protección del inversor en cualquier tipo de mercado, con independencia de lo que en ellos se negociase o contratara. La extensión del concepto de instrumento financiero ha provocado --un concepto normativo presente aunque con variables inexplicables en los art. 284.2, 284.3, art. 282 bis (activo financiero), 285 (instrumentos negociados)-- una expansión del objeto de la acción de los delitos de abuso de mercado, mediante los que se han ido extendiendo a comportamientos que tienen lugar en mercados donde se negocian productos muy alejados de los tradicionales.

La Directiva de abuso de mercado tiene la peculiaridad que extiende el área de lo punible más allá de los instrumentos financieros.

Es el caso, en primer lugar, de los mercados de los derechos de emisión, creado con la intención de incentivar a las empresas con el fin de que redujeran sus emisiones de CO₂. Cada empresa considerada contaminante tiene asignado un cupo que puede vender en parte, si incrementa su eficiencia y no lo consume. La compra de estos derechos, que en la UE se realiza a través de subastas, dio lugar a numerosos supuestos de fraude, blanqueo de capitales y conductas constitutivas de manipulación de mercado. Por esta razón, estos mercados se han puesto bajo el mismo régimen de supervisión que los mercados de valores.

Un segundo ejemplo es el de los instrumentos financieros que tienen como referencia el índice de precios de materias primas o alimentos. La manipulación de los índices de referencia en relación a los alimentos, más allá del daño ocasionado a inversores, ha tenido consecuencias muy graves en países del tercer mundo y ha sido de una de las causas principales de la crisis alimentaria del 2008, ocultada por el protagonismo de la crisis financiera coetánea. La particularidad de este tipo de abuso de mercado es que no tiene lugar operando sobre instrumentos financieros, ni operando en los mercados, sino directamente realizando operaciones sobre las materias de referencia (por ejemplo, el arroz o el petróleo). Las empresas financieras que ponían en el mercado estos productos financieros operaban a su vez en el mercado de materias primas y mediante contratos de futuros provocaban un aumento artificial de los precios y por tanto modificaban a su favor el índice. La conducta podía consistir en realizar contratos sucesivamente de futuros sobre la misma materia prima, lo que supone un incremento de la demanda y los precios o acaparar mercancías mediante contratos al contado. Tras la oleada de desregularización que propició que a estos mercados pudieran acceder cualquier inversor y no sólo los profesionales del sector, la UE y los EEUU han incrementado a partir de 2012 los controles en este tipo de operaciones. La Directiva sobre abuso de mercado exige expresamente que se sancione la manipulación de mercado cuando se realiza no sobre productos financieros, sino sobre los contratos en el mercado de materias primas cuando ello tenga influencia en el precio o valor del instrumento financiero (art. 1.4).

El tercer ejemplo es probablemente el más conocido de todos pues responde al escándalo Libor. En este caso, de manera semejante a lo que ocurría con el ejemplo anterior, existían en el mercado productos financieros, pero también por ejemplo hipotecas, referenciadas al índice Libor, que reflejaba diariamente el precio al que se prestaban el dinero las entidades de créditos en el mercado

intercambiario. La práctica consistente en suministrar informaciones falsas a la entidad privada que confeccionaba el índice de Libor no tenía directamente como objeto de la acción a instrumentos financieros, sino el índice de referencia. La Directiva señala expresamente que la conducta de abuso de mercado ha de aplicarse a los índices de referencia (art. 1.4) ¹⁸⁹.

La extensión del concepto de instrumento financiero y la inclusión dentro de la órbita del abuso, y especialmente, la manipulación de mercado de mercados distintos al financiero plantea en primer término un problema técnico. La regulación del CP relativa a la manipulación de mercado y al *insider trading* se refiere en exclusiva a productos financieros. No obstante, este elemento normativo tal como se encuentra definido en el art. 2 de la LMV contiene un concepto muy amplio de instrumento financiero en el que se distingue entre instrumentos financieros referidos a valores negociables y otro tipo de contratos, que incluye los contratos sobre operaciones con materias primas o los derechos de emisión (art. 2.4 y 5). Igualmente la LMV considera instrumentos financieros a aquellos que estén basados en cualquier índice de referencia (art. 2 1. J), lo que abarca desde aquellos que por ejemplo tengan como índice el mercado de deuda pública a otros como es el caso del Libor. De este modo, al CP le basta con incluir el elemento normativo «instrumento financiero» para seguir el trepidante ritmo de creación de nuevos productos que existen y la no menos rápida cadencia de la legislación sobre abuso de mercado. A ello habría que añadir una extensión del delito de manipulaciones a conductas que se producen en índices de referencia (como el Libor), en cuanto que no siempre guardan relación con productos financieros.

Sin embargo, el aspecto más complejo que comporta esta progresiva ampliación es de legitimidad. La protección del mercado de valores tiene dos lógicas diversas. La primera es proteger el funcionamiento de un mercado que tenía como finalidad financiar a las mejores empresas. Que el ahorro sobrante de los ciudadanos se canalizara a los proyectos empresariales más solventes y novedosos. La protección del mercado con ello descansa en un interés social muy relevante. Es muy dudoso que este interés social este presente en cualquier producto financiero. Por ejemplo, desde luego no lo está, en el caso de los productos financieros referidos a alimentos o materias primas, en cambio lo está en relación a la manipulación del mercado de gases de emisión, pues persigue un fin encomiable como es la lucha contra el calentamiento global.

La libertad de empresa puede llevar a que se oferten en los mercados los productos financieros más estrafalarios, referenciados a los más variopintos índices de referencia. Pero en este caso la protección del inversor no debiera responder a otra lógica que al del consumidor de juegos de azar o al que acude a un casino para invertir sus ahorros. El legislador europeo que como hemos dicho tiene las riendas de la política criminal en esta materia debe plantearse con urgencia diferenciar la utilidad social de muchos productos financieros, para a partir de aquí matizar la protección penal.

IV. LA REFORMA DEL DELITO DE ABUSO DE MERCADO: EL CASO ESPAÑOL

Los detallados estudios que precedieron a la armonización penal operada por la Directiva del 2014 pusieron bien de manifiesto la disparidad que existía en los derechos penales nacionales. Disparidad de penas, disparidad en los comportamientos sancionados y, también aunque se ha incidido menos en ello, disparidad en la aplicación. España e Italia están situados en extremos muy alejados uno de otro dentro del segmento. Mientras que en el primer país apenas si han existido sanciones por abuso de mercado, en Italia ha existido una práctica sancionadora agresiva, ejercida además sobre la base de tipos penales provistos de sanciones muy graves.

En el caso español, independientemente de cuál ha sido el papel de las autoridades del mercado de valores, la ineficacia del derecho penal viene motivada por los defectos técnicos que tienen estos delitos que no han sido corregidos en ninguna de las reformas del CP. Comenzaremos por analizar los que atañen a la figura del *insider trading*.

1. El delito de abuso de información privilegiada

Como es bien conocido desde la redacción del tipo penal de abuso de información privilegiada por el CP de 1995 se viene resaltando por la doctrina que someter la intervención del derecho penal a la determinación de una cuantía, que atiende al beneficio o al perjuicio patrimonial causado resulta un error. Resulta extraordinariamente complicado probar que la ganancia o la pérdida se debe precisamente al hecho de la información privilegiada. En el precio de un valor influyen numerosos factores y considerar qué parte de su precio viene determinada por la información es tarea imposible. Todo ello sin contar con que resulta también difícil entender este requisito en relación a la conducta típica de recomendar ¹⁹⁰. El TS ha considerado en su última jurisprudencia, con el fin de aliviar un tanto estos inconvenientes de conformar esta cuantía como elemento del tipo, que su naturaleza

jurídica era la de una condición objetiva de punibilidad. Esta interpretación sin entrar ahora en mayores disquisiciones resulta contraria a la Directiva de abuso de mercado en cuanto que requiere el castigo de la tentativa. La primera tarea por tanto que debe acometer el legislador en la transposición de esta Directiva es eliminar este requisito, conformarlo por ejemplo como una circunstancia agravante.

Eliminado, o al menos reducida, la importancia de la cuantía, la duda que surge inmediatamente es cómo distinguir en la futura reforma el ámbito correspondiente a las sanciones administrativas de las penales y segundo, incluso dentro de las sanciones penales cómo establecer criterios de graduación. Tal como señalábamos en el epígrafe anterior, el derecho sancionador administrativo debe seguir siendo una importante herramienta contra la manipulación de mercado. La Directiva de abuso de mercado sólo requiere que los casos graves de información privilegiada sean sancionados penalmente (art. 8). Es más, una lectura conjunta de los art. 3 y 7 de la Directiva sugiere que desde la óptica del principio de proporcionalidad se impone la construcción de una triple escala de infracciones: casos graves castigados con las penas privativas de libertad que especifica el art. 7 (de al menos cuatro años), supuestos en donde debe establecerse la responsabilidad penal y casos relegados al ámbito de las infracciones administrativas.

La Directiva en su preámbulo ofrece además una serie de criterios con el fin de establecer cuándo un caso debe considerarse grave: «a efectos de la presente Directiva, se han de considerar graves las operaciones con información privilegiada y la comunicación ilícita de información privilegiada en casos en que sea elevado el impacto en la integridad del mercado, el beneficio derivado real o potencial o las pérdidas evitadas, la importancia del daño causado al mercado o el valor general de los instrumentos financieros, entre otros. Otras circunstancias que podrían tenerse en cuenta son, por ejemplo, el hecho de que la infracción se haya cometido en el marco de una organización delictiva o de que la persona ya haya cometido esa infracción previamente».

De estos criterios, el más adecuado para distinguir entre ilícito penal y administrativo de manera acorde con el principio de determinación es sin duda el valor de la operación realizada (valor de los instrumentos financieros). Este criterio debiera ser el determinante para establecer cuándo nos encontramos ante un ilícito penal y administrativo, mientras que otro como el impacto en la integridad del mercado, la importancia del daño o el beneficio podrían ser tomados en consideración como criterios agravantes, al igual que la realización en el marco de una organización delictiva.

Una gran novedad de la Directiva es que deja claro al legislador la necesidad de sancionar penalmente el abuso de información privilegiada aunque el autor no sea un iniciado primario. Esta exigencia conlleva una transformación importante en la regulación española, que limita la sanción penal al denominado *insider* primario, es decir, a aquella persona que por su profesión tienen contacto con la información, con independencia de si son personas que trabajan en la entidad, para la entidad o se trata de personas, como funcionarios públicos, que por razón de su cargo tienen acceso a información relevante. Los iniciados secundarios se sancionan administrativamente a través de la LMV. Esta diferenciación descansaba en el mayor contenido de injusto de la conducta realizada por el iniciado primario. Éste por su profesión tenía un deber de salvaguarda sobre la información, por lo que su injusto no sólo consistía en usar, sino además hacerlo violando esta específica obligación. De este modo, el criterio iniciado primario junto con la cuantía de la infracción son los ejes sobre los que descansa la diferencia penal administrativo.

La Directiva obliga ciertamente a sancionar al iniciado primario (art. 3.2 último inciso), pero desde luego no obliga a hacer tabla rasa y sancionar por igual a cualquier tipo de autor. De hecho el art. 3.2 señala específicamente cuatro categorías de sujetos. Las tres primeras coinciden con los que siempre se han considerado iniciados primarios, mientras que la tercera («estar involucrada en actividades delictivas») hace referencia a la categoría más grave de los indiciarios secundarios, aquella en la que la información se ha obtenido a través de un comportamiento delictivo (por ejemplo, mediante un allanamiento informático). Es decir, nada impide a mi juicio que el legislador transponga la Directiva en dos niveles distintos: un tipo genérico que incluya al cualquier tipo de iniciado, cuya relevancia penal vendría marcada por la cuantía de la operación; un tipo agravado que, partiendo también de la entidad de la operación, acoja los cuatro supuestos mencionados expresamente en el art. 3. Este tipo agravado podría conformarse de forma más taxativa si los sujetos que lo integran fueran aquellos a los que expresamente la regulación del mercado de valores impone medidas de salvaguarda de la información. Sobre las penas de ambos tipos, el común y el especial, podrían operar un conjunto de agravaciones comunes, como el beneficio, perjuicio, la habitualidad o la causación de una grave alteración al mercado.

La conducta típica del art. 285 pivota sobre un verbo genérico («usar») que tiene la ventaja de que por su generalidad comprende los comportamientos clásicos del abuso de información privilegiada: la adquisición, transmisión o cesión y la recomendación. Igualmente un término tan genérico como usar permite incluir sin problemas conductas como cancelar o modificar una orden previamente dada sobre un instrumento financiero, que la Directiva exige considerar una infracción penal.

Ahora bien, pese a estas ventajas, resulta conveniente acoger la formulación que de los comportamientos típicos hace la directiva, que además se acomoda mejor a lo dispuesto en la LMV. La Directiva obliga a distinguir claramente entre dos infracciones, la adquisición, transmisión o cesión y la recomendación, de un lado, y la comunicación de otro. Resulta evidente que el término usar es tan amplio que acoge también las conductas de comunicación que la Directiva requiere que se sancionen con una pena menor.

Hasta ahora no ha existido una distinción clara entre la conducta de recomendar y comunicar. La Directiva se encarga de señalar que la recomendación consiste en la inducción para que una persona realice operaciones con ella conociendo que actúa con información privilegiada (art. 3.6). La función de esta tipificación es consagrar la inducción al uso de información privilegiada como una infracción autónoma que se castiga con independencia de si el inducido actúa o no e igualmente con independencia de la gravedad del comportamiento del inducido. Así, por ejemplo, si éste es un iniciado secundario puede ser sancionado con menos pena que la persona que recomienda.

La tipificación de las conductas consistentes en la recomendación tiene el problema de cómo conectarlas a los criterios que se hayan elegido para distinguir el delito grave del menos grave o la infracción administrativa. Los criterios de la cuantía de la operación o del daño o beneficio se refieren normalmente a la conducta realizada por la persona que realiza la adquisición, venta o cesión. Este criterio resulta aceptable, pero habría que completarlo también con el beneficio que pueda obtener él personalmente con la venta o el volumen total de las operaciones que realizadas por distintos autores van a efectuarse ¹⁹¹.

La sanción de la comunicación como infracción autónoma viene dada por que su injusto es diferente y menos grave a los anteriores. Se trata de infringir el deber de salvaguarda de la información que tienen los iniciados primarios. El que recomienda lo hace con la intención de que un tercero sepa que tiene información privilegiada y quiera utilizarla, el que comunica simplemente viola dolosamente su deber de custodia de la información. En realidad, la comunicación tiene sobre todo sentido como modalidad imprudente, que el sujeto realiza por no contar con ninguno de los controles internos a los que está obligado por la legislación del mercado de valores. El carácter fundamentalmente negligente de esta conducta es el que ha llevado por primera vez a la Directiva, en el marco del abuso de mercado, a plantearse el castigo de los comportamientos imprudentes, que considera pueden ser sancionados administrativamente.

2. La manipulación de mercado

La manipulación de mercado es heredera directa de una práctica tan antigua como el mercado bursátil, consistente en la provocación de alteraciones al alza o la baja en los precios a través de noticias falsas. El decimonónico delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, antecesor del actual art. 284.1, castigaba ya comportamientos similares y aún hoy puede seguir siendo utilizando como tipo de recogida cuando existan comportamientos que no se acomoden a lo previsto en los art. 284.2 y 3 que tipifican expresamente la manipulación de mercado.

Desde la Directiva del 2003, que por primera vez incluye este término dentro del más genérico de abuso de mercado, existe la obligación de sancionar estos comportamientos de manera eficaz, disuasoria y proporcionada. Algo que sin duda no se ha hecho en nuestro país, pues salvo error por mi parte desde que en la reforma del 2010 se introdujeran estos comportamientos ha existido únicamente una sentencia condenatoria ¹⁹². El incumplimiento del Derecho de la Unión por parte de las autoridades competentes es por tanto más que patente, si bien y en buena medida ello se debe a una tipificación muy deficiente de estas figuras ¹⁹³.

Tal como pone de manifiesto la Directiva, la manipulación de mercado puede hacerse básicamente de tres formas distintas; aunque como después veremos puede haber alguna más.

La primera de ellas es la denominada manipulación informativa recogida en el art. 4. c) de la Directiva, consistente en difundir una información que proporcione «señales falsas» o engañosas sobre la oferta, la demanda, o el precio de un instrumento financiero, que provoque una alteración anormal de sus precios. Esta conducta equivale a la contenida en el art. 284.2 del CP. Este precepto no se acomoda, sin embargo, a la Directiva del 2014. Fundamentalmente, porque exige que las

informaciones deben referirse a «personas o empresas». Esta restricción impide, por ejemplo, que el tipo penal sea apto para sancionar las alteraciones del productos financieros relativos a índices de referencia como el Libor ¹⁹⁴. La manipulación informativa debe tener como objeto, al menos, cualquier tipo de información que sea susceptible de ser catalogada de información privilegiada. Lo importante es que la información sea cual sea su objeto sea idónea para afectar al precio.

La Directiva en relación a la manipulación informativa distingue entre las conductas relativas a instrumentos financieros (art. 5. 2 c) y la relativa a la manipulación de índices de referencia. (art. 5 2 c). Mientras que en el primer caso el verbo típico es difundir, el segundo es comunicar, por ejemplo a una entidad determinada, información falsa o engañosa o realizar cualquier comportamiento que implique la manipulación del cálculo de un índice de referencia.

Más compleja es la tipificación de la segunda modalidad de abuso de mercado la denominada manipulación operativa. Este comportamiento se encuentra teóricamente tipificado en el art. 284.3 ¹⁹⁵. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto la doctrina este precepto confunde las figuras de información privilegiada y la manipulación de mercado y carece de utilidad alguna. Por ello debiera ser derogado y sustituido por una tipificación de las conductas que debiera seguir en lo fundamental la formulación que se realiza en la Directiva.

La manipulación operativa tiene dos variantes. En la primera de ellas los autores se valen de operaciones simuladas para alterar el precio de un producto financiero. La literatura sobre el mercado financiero ha puesto nombre a los tipos más frecuentes (*wash sales*, *matched orders*, *pumping and dumping circular trading*, *churning* etc). La nota común a todos estos comportamientos es que carecen de finalidad económica alguna que no sea el influir sobre las cotizaciones. Ningún operador razonable realizaría una operación o negocio jurídico de estas características, por lo que su finalidad

no es otra que alterar los precios ¹⁹⁶. La Directiva describe esta conducta como «ejecutar una operación, dar una orden de negociación o cualquier otra actividad o conducta que afecte, mediante mecanismos ficticios o cualquier otra forma de engaño o artificio, al precio de uno o varios instrumentos financieros o de un contrato de contado sobre materias primas relacionado con ellos».

El segundo comportamiento de manipulación operativa consiste en realizar cualquier tipo de operación, dar una orden o realizar cualquier conducta que transmita o pueda transmitir señales falsas o engañosas en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de un instrumento financiero (art. 5.2 a). En este caso, a diferencia del anterior, las operaciones son reales y tienen una finalidad que no es exclusivamente la alteración de la cotización. Por esta razón no resultan punibles cuando las

operaciones constituyen prácticas aceptadas por el mercado ¹⁹⁷. Son los denominados *safe harbours* a los que se contienen en el art. 13 del Reglamento de abuso de mercado y que se mencionan también expresamente en la Directiva. Como antes hemos señalado, la licitud de estos comportamientos se acaba determinando por las autoridades a través de un procedimiento de adopción de decisiones muy singular. Dicho de otro modo, la manipulación operativa en esta segunda variante es una ley penal en blanco sui generis, cuyo contenido van perfilando las autoridades bursátiles.

Pese a que la Directiva exige sancionar por igual los dos casos de manipulación operativa, lo cierto es que debería reflexionarse en la transposición a cuál debe ser la concreta forma en que se realiza.

La «zona penal» más clara es la manipulación operativa que se realiza a través de operaciones

simuladas, en las que no existe una voluntad real de negociar ¹⁹⁸. La manipulación con operaciones reales con carácter general no soporta las exigencias del principio de tipicidad penal y si lo hace es admitiendo como complemento del tipo las decisiones de las agencias administrativas. Serían ellas las que finalmente acabarían diciendo que supuestos se sancionan o no. Es una técnica legislativa difícilmente compatible con la reserva de ley. La forma de cumplir con la Directiva y criminalizar la manipulación de mercado pasaría por relegar el castigo genérico de este tipo de manipulación al ámbito administrativo y tipificar expresamente casos indubitados de manipulación operativa o una tipificación general, pero pergeñada sobre la base de ejemplos típicos que diera una mayor precisión al tipo, a la par que apertura, sin dejarlo en manos totalmente en manos de las autoridades administrativas.

La Directiva no recoge una tercera modalidad de abuso de mercado como es la denominada manipulación basada en comportamientos. En ella se realiza un determinado delito con el fin de alterar las cotizaciones. Por ejemplo, piensen en introducir una sustancia perjudicial para la salud en

los productos de una empresa alimentaria para bajar sus cotizaciones. Este tipo de comportamientos creo que puede considerarse hoy recogido en el art. 284.1, por lo que no haría falta a mi juicio modificación alguna.

La manipulación del mercado es un delito genérico, además como se trata de un delito de peligro y de mera actividad, no resulta fácil en relación a la manipulación de mercado aportar criterios para distinguir entre sanciones penales y administrativas, y establecer distintos niveles punitivos en relación a los comportamientos penales más allá, del que acaba de indicarse, u otros generales como el beneficio obtenido o el daño realizado al mercado, que son por cierto marcadamente indeterminados. A mi juicio, un criterio adicional debería ser la conducta de manipulación de mercado que afecte a la deuda soberana de los países. Como se ha visto en la última crisis financiera, el desvalor de este tipo de manipulaciones que pueden afectar a los servicios públicos e incluso a la solvencia y estabilidad financiera del propio Estado es cualitativamente distinto al resto de los supuestos de manipulación. Unido estrechamente a esta cuestión está el papel de las agencias de rating y su responsabilidad penal. Aunque no es fácil considerar una calificación de verdadera o falsa, entre otras cosas porque es una valoración, su comportamiento debiera ser un supuesto agravado, con independencia de la necesidad de reflexionar acerca de si convendría una disciplina penal específica, donde por ejemplo se sancionara la emisión de informes de manera negligente o la emisión de informes en casos de conflictos de intereses ¹⁹⁹

V. LA EVOLUCIÓN DE LOS ABUSOS DE MERCADO: EL CASO ITALIANO

Conforme a una consolidada tradición (técnica y político-criminal) de la legislación italiana la regulación penal y administrativa de los abusos de mercado se encuentra ubicada en la legislación especial y no en el Código penal. Es una línea constante en toda la historia legislativa italiana del ultimo siglo, que ha producido un crecimiento constante del llamado derecho penal especial o complementario ²⁰⁰, donde se encuentra la gran mayoría de la moderna legislación penal y sobre todo el derecho penal económico en sus diferentes vertientes ²⁰¹.

La regulación italiana de los abusos de mercado tiene su origen en una Ley de 1991, que --dando actuación a la Directiva 89/592/CEE-- introduce por primera vez in Italia el delito de abuso de informaciones privilegiadas en el mercado bursátil. Se trata de una primera intervención penal bastante «tímida», con un marco sancionador no muy elevado (hasta 3 años de pena privativa de libertad) y sobre todo sin una detallada atribución de competencias a la CONSOB (el equivalente italiano de la Comisión de Mercados de Valores) en la fase de la prevención e investigación de los comportamientos abusivos. Esta originaria formulación del delito de abuso de informaciones privilegiadas fue incorporada en 1998 en la nueva Ley de Mercado de Valores (« *Testo unico delle leggi in materia di intermediazione finanziaria*», TUF), donde desde el principio se recoge un significativo núcleo de disposiciones penales y sancionatorias administrativas: se trata del derecho penal de los mercados financieros, la componente más moderna y vital del derecho penal económico, crecida en consecuencia de la institución, en el 1974, de la CONSOB, la « *Commissione Nazionale per le Società la Borsa*».

A principio del nuevo siglo, con el D.lgs. 11 abril 2001 Nr. 61, que reforma el sector de los delitos societarios (colocados en el Código civil de 1942), el legislador unifica y reforma los antiguos tipos penales del « *Aggiotaggio*», incluyendo en la nueva incriminación del art. 2637 CC también supuestos de manipulaciones sobre títulos cotizados en el mercado bursátil. Pero la reforma más importante se produce pocos años después, con la implementación de la Directiva europea de 2003 sobre el « *Market Abuse*» (Dir. 2003/6/CE). Se incorpora en el TUF un nuevo título sobre los «Abusos de mercado», formulado según las líneas guías de la Directiva UE, flanqueando el delito (reformado y potenciado) de abuso de informaciones privilegiadas con el nuevo tipo de las manipulaciones del mercado, en el cual confluyen las prescripciones del legislador europeo con la antigua tradición del «aggiotaggio». Pero el acento se pone sobre todo en la red de los controles y sanciones administrativas, como requiere expresamente la Directiva. La CONSOB se convierte en el actor dominante del sistema institucional de lucha contra el abuso, con importantes funciones también en el proceso penal (en la fase de la activación de la acción penal, como en la fase de las investigaciones, recogida de las pruebas, etc.), y la nueva tipificación produce dos parejas de tipos sancionados penalmente y administrativamente y con los mismos títulos: delito e infracción administrativa de «abuso de informaciones privilegiadas» (art. 184 y 187 bis TUF) y delito e infracción administrativa de «manipulación del mercado» (art. 185 y 187 ter TUF). En materia de abuso de informaciones privilegiadas la infracción administrativa representa nada más que una

perfecta reproducción (una «fotocopia») del tipo penal, mientras que por lo que se refiere a la manipulación del mercado la frontera entre el tipo penal y el administrativo es representada por el peligro de sensible alteración en la cotización de los títulos.

La ley comunitaria 2004 --en actuación de la Dir. 2003/6/CE-- fue emanada en el abril de 2005 (Ley 18 abril 2005 Nr. 62) y simultáneamente --como consecuencia de la explosión del crack Parmalat ²⁰² (diciembre 2004) después de una oleada de escándalos financieros en los dos lados del Océano Atlántico (encabezados por el caso Enron)-- empieza el debate público y el iter parlamentario de una reforma de los mercados financieros inspirada en la filosofía de controles más eficientes y sanciones más rigurosas, tanto penales como administrativas. A final de 2005 se promulga la Ley 28 diciembre 2005 Nr. 262, que provoca un repentino y masivo incremento sancionatorio nunca visto antes en Italia en materia de derecho penal económico: se multiplican por dos los niveles mínimos y máximos de todos los tipos penales contenidos en el TUF y se multiplican por cinco todas las sanciones pecuniarias administrativas del mismo TUF (!). El resultado tuvo un impacto extraordinario sobre todo en la nueva regulación (de derivación europea) de los abusos de mercado, que de «recién nacido» todavía muy poco experimentado en la práctica, se convierte de un día para otro en el sector del derecho penal económico italiano dotado de las sanciones (penales y administrativas) más elevadas, superando hasta el tradicional delito de bancarrota fraudulenta.

Contra el *market abuse* se puede aplicar hoy en Italia una sanción pecuniaria administrativa para las personas físicas hasta 5 millones de euros (art. 187 ter TUF), aplicada directamente por parte de la CONSOB y que puede ser «aumentada hasta el triplo o hasta 10 veces el producto o el provecho de la infracción» y además una idéntica y paralela sanción a la persona jurídica responsable de la misma infracción (único caso en Italia en el cual la responsabilidad de la persona jurídica puede derivar de una infracción administrativa y no de la comisión de un delito: art. 187 quinquies TUF). Se trata de un arsenal sancionatorio absolutamente extraordinario que --en la perspectiva del legislador de 2005-- puede hasta acumularse con la sanción penal prevista para los mismos hechos definidos (sobre todo el *insider trading*) de forma absolutamente idéntica, con el solo límite del computo de la sanción pecuniaria administrativa en la sanción pecuniaria penal (art. 187 terdecies TUF). Pero queda además para las personas físicas la perspectiva de la sanción privativa de libertad (reclusión hasta 12 años, la pena máxima más elevada de todo el derecho penal económico italiano!) y de una ulterior sanción contra las personas jurídicas sobre la base del D.lgs. 231/2001.

Un conjunto de sanciones sin iguales en Italia --por lo menos por lo que se refiere al derecho penal económico-- y que finalmente ha sido puesto en crisis a través de la sentencia del TEDH en el asunto Grande Stevens, que ha llegado a condenar a Italia por la clamorosa infracción al principio del *ne bis in idem* y por la falta de las garantías esenciales de un justo proceso delante de la CONSOB. En conclusión:

Por lo que se refiere a la experiencia italiana los delitos de abusos de mercado --después de la ultima oleada de reformas seguida a la Directiva de 2003-- han tenido un enorme y quizá sorprendente éxito, mientras que en el pasado los antiguos delitos de «*aggiotaggio*» nunca había atraído el interés ni de la doctrina ni sobre todo de la jurisprudencia. El cambio de actitud ha sido provocado por un lado por las mayores oportunidades de sanción y de investigación abiertas a través de las reformas de 2002-2005 y por otro lado por la práctica desaparición del delito de falsedad en las cuentas (art. 2621 Nr. 1 CC 1942) después de la reforma de los delitos societarios de 2002 (D.lgs. 11 abril 2002 Nr. 61). Una gran parte de los supuestos de hecho que antes de la reforma de 2002 venían castigados como falsedades en las cuentas han empezado a ser procesados y muchas veces castigados como manipulaciones informativas. Y así en los últimos años hemos tenido en Italia --después de la criminalización primaria por parte del legislador-- una significativa criminalización secundaria por parte de la CONSOB, de las fiscalías (sobre todo del norte de Italia) y de la jurisprudencia, con algunos procedimientos penales muy llamativos (y varias sentencias condenatorias) por manipulaciones informativas y a veces también por manipulaciones operativas y abuso de informaciones privilegiadas, derivados sobre todos de las numerosas crisis bancarias de los últimos años y de las complejas operaciones de «escalada» del control de bancos ²⁰³.

Por lo que se refiere a la experiencia y a la perspectiva europea hay que subrayar dos aspectos: en primer lugar que --ya antes de la actual directiva penal de 2014-- dos directivas comunitarias de primer pilar --antes del Tratado de Lisboa y del reconocimiento de la competencia de armonización penal de la UE-- sin hablar de sanciones penales ni de derecho penal y por el solo hecho de aludir a la necesidad de «sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias», han producido en toda Europa (en

la gran mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea) una autentica oleada de criminalización de los abusos de mercados (mucho más, por ejemplo, de lo que han provocado algunas de las nuevas directivas penales post 2008, como la directiva sobre la protección penal del medio ambiente)²⁰⁴. En segundo lugar, y a pesar de esta oleada de criminalización, las sanciones elegidas por parte de los Estados miembros son extremadamente diferentes, por niveles y especies; diferencias que pueden afectar muy sensiblemente al éxito del proceso de armonización europea, ya que en tema de abusos de mercados el peligro del « *forum shopping* » es más que evidente, por la especial capacidad de movilidad que caracteriza la criminalidad de los mercados financieros (sobre todo a través de los modernos instrumentos telemáticos). Esto significa, en conclusión, que en materia de abusos de mercado la armonización europea --si quiere conseguir un éxito real-- tendría, según nuestra opinión, que ser mucho más exigente que en otros sectores, hasta alcanzar la meta final de una unificación, más bien que simple armonización, de los preceptos y sanciones penales y administrativos.

NOTAS:

¹Este trabajo ha podido concluirse gracias al disfrute de la beca de la Fundación Salvador de Madariaga que me ha permitido realizar una estancia de investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Leicester durante los meses de agosto, septiembre y octubre de 2017.

²En *Materiales: crítica de la cultura*, 1978/10, pp. 75-94.

³Publicado por la Editorial UNIJURIS en La Habana en 2015. En el Libro se reúnen las ponencias presentadas en el encuentro científico que tuvo lugar en la Escuela de Verano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana en 2014 que se dedicó al estudio de su obra.

⁴TERRADILLOS BASOCO, Juan María, «La Constitución para Europa: un reto político-criminal», *cit.*, p. 42.

⁵Véanse los trabajos de TERRADILLOS BASOCO, Juan María, «La satisfacción de las necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1981/63, pp. 123 y ss.; del mismo: «Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal», en *Pena y Estado*, 1992, pp. 9 y ss.

⁶ACALE SÁNCHEZ, María, «Derecho penal y Tratado de Lisboa», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2008/mayo-agosto, p. 350.

⁷Sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia véase RAMSES WESSEL, Luisa y MARÍN CLAUDRIO, Maira, «The external dimension of the EU's Area of Freedom, Security and Justice», en ECKES, Christina, KONSTADINIDES, Theodore, *Crime within the area of freedom, security and justice. A European Public Order*, University Press Cambridge, 2011, pp. 272 y ss.

⁸TERRADILLOS BASOCO, Juan María, «La Constitución para Europa: un reto político-criminal», *cit.*, p. 24.

⁹O «*pick-and-choose approach*»: *vid.* MITSILEGAS, Valsamis, «European criminal law after Brexit», en *Criminal Law Forum*, 2017/28, p. 246. Como recuerda este autor, RU ha usado esta facultad que le confiere el Protocolo 21 para no firmar el Tratado por el que se establece el Ministerio público europeo y sin embargo sí firmó la Directiva de la Orden de Investigación Europea en materias penales. En su opinión, «*la selectiva participación de RU en este contexto es problemática no solo desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales, sino también desde la perspectiva de la coherencia del derecho de la UE*» (p. 227).

¹⁰Además de Dinamarca, que según el Protocolo 22 también se vinculará por las decisiones europeas relativas al Título V «*cuando sea posible de conformidad con sus normas constitucionales*».

¹¹*Vid.* por todos, MITSILEGAS, Valsamis, *EU Criminal Law after Lisbon*, Hart Publishing, 2016,

Oxford and Portland, Oregon; del mismo, «European criminal law after Brexit», *cit.*, pp. 224-229.

[12](#)MITSILEGAS, Valsamis, «European criminal law after Brexit», *cit.*, p. 224.

[13](#)Vid. CARD, Richard, y MOLLOY JILL, *Criminal Law*, online resource, 2014, ed. Oxford University, Oxford, p. 22.

[14](#)Con razón ha definido la situación de RU MITSILEGAS como una justicia a la carta: *vid. EU Criminal Law after Lisbon*, *cit.*, p. 44. JIMENO-BULNES («Brexit and the future of European Criminal Law- A spanish perspective», en *Criminal Law Forum*, 2017/28, p. 329 recoge esa definición.

[15](#)JIMENO-BULNES, Mar, «Brexit and the future of European Criminal Law- A spanish perspective», *cit.*, p. 329.

[16](#)AMBOS, Kai y BOCK, Stefanie, «BREXIT and the European Criminal Justice system -an introduction», en *Criminal Law Forum*, 2017/28, p. 192.

[17](#)Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, «Derecho penal y Tratado de Lisboa», *cit.*, pp. 350 donde se afirma que la desaparición de las leyes europeas a las que se refería la Constitución para Europa en el Tratado de Lisboa obligó a seguir en «la búsqueda de un Derecho europeo penal, cruzando la senda que marca el actual --y limitado-- Derecho penal europeo».

[18](#)AMBOS, Kai y BOCK, Stefanie, «BREXIT and the European Criminal Justice system -an introduction», *cit.*, p. 193.

[19](#)Más allá de las elucubraciones sobre la extensión de lo que haya que entender por tales, el Título V TFUE brinda un concepto normativo de las «materias penales» o «materias político-criminales»: prevención de la delincuencia, coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales, reconocimiento mutuo de decisiones judiciales en materia penal y aproximación de las legislaciones penales. Aun así, como reconoció la Sentencia 13.09.2005, Comisión/Consejo, C-176/03 el legislador comunitario puede adoptar «medidas relacionadas con el Derecho penal de los estados miembros que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicten en materia de protección medio ambiental, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituya una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente», por lo que no todo el Derecho penal proveniente de la UE tiene su fundamento en este Título V.

[20](#)Solo «si es necesario». Como recuerdan AMBOS y BOCK («Brexit and the European Criminal Justice system -an introduction», *cit.*, p. 196) el recurso a la aproximación de las legislaciones penales se realiza «junto a la tradicional y más indirecta técnica de europeización» de la asimilación de las legislaciones penales, en virtud de la cual los Estados miembros vienen obligados a garantizar la misma protección a los intereses de la Unión, que la que ofrecen a sus propios intereses.

[21](#)Sobre las relaciones entre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, véase DONINI, Massimo, «Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria», en el mismo, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penale in Italia*, ed. Cedam, Milán, 2003, pp. 124 y ss. Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, «Derecho penal y Tratado de Lisboa», *cit.*, p. 358.

[22](#)PICOTTI, Lorenzo, «La lucha contra el fraude del presupuesto de la UE desde la perspectiva de la Constitución Europea», en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, BACIGALUPO, Silvina, y GOMÉZ-JARA DÍEZ, Carlos (coords.), *Constitución Europea y Derecho penal económico*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 79. Al respecto *vid.* ampliamente ACALE SÁNCHEZ, María, «Derecho penal y Tratado de Lisboa», *cit.*, pp. 353 y ss.

[23](#)Con todo, esto no significa que las indicaciones penales de la Unión a los Estados miembros se limite a las materias a las que allí se hace referencia: basta comprobar la pluralidad de Directivas

aprobadas que han tenido la finalidad de vincular las legislaciones penales de los Estados miembros en otras parcelas de la criminalidad (sirvan como ejemplo 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*; la *Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, por la que se sustituye la DM 2004/68/JAI del Consejo, o la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal, etc.*).

[24](#)La evolución --o la involución-- del tratamiento del terrorismo en España puede verse en los trabajos de TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Terrorismo y Derecho. Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ed. Tecnos, 1988; del mismo, «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», en *Nuevo Foro Penal*, 2016/87, pp. 18 y ss.

[25](#)Particularmente con la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas por la que se expresó su preocupación ante la amenaza de «los combatientes terroristas extranjeros», solicitando a los Estados firmantes que tipificaran esa conducta; y el Protocolo adicional del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo de 2015.

[26](#)Por todos vid. WALKER, Cliver, *Terrorism and the Law*, ed. Oxford University, New York, 2011, p. VI; del mismo, *The Anti-Terrorism Legislation*, ed. Oxford University, New York, 2014, especialmente en pp. 14 y ss., donde aborda el concepto de terrorismo.

[27](#)*Statutory Instruments* núm. 692, 2017 www.legislation.gov.uk.

[28](#)Imprescindible la lectura de TERRADILLOS BASOCO, Juan María, «Corrupción, globalización y Derecho penal económico», en ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, Eduardo, *Halcones y palomas*, ed. Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 15 y ss.

[29](#)ACALE SÁNCHEZ, María, «Las subvenciones comunitarias y sus fraudes», en J. M. Terradillos Basoco (coord.), *Protección de los intereses financieros de la UE*, ed. Trotta, Madrid, 2001, pp. 43 y ss.

[30](#)MONTY, Raphael, *Bribery. Law and Practice*, ed. Oxford University, New York, 2016, p. 225.

[31](#)Vid. ampliamente: el trabajo coordinado por PIETH, LOW and Cullen, *The OECD Convention on Bribery*, ed. Cambridge University, Cambridge, 2007; MONTY, Raphael, *The Bribery Act 2010*, cit., p. 47.

[32](#)MONTY, Raphael, *Bribery. Law and Practice*, cit., pp. 225 y ss.

[33](#)PIETH, LOW and Cullen, *The OECD Convention on Bribery*, cit., p. 415.

[34](#)JIMENO-BULNES, Mar, «Brexit and the future of European Criminal Law- A spanish perspective», cit., p. 329.

[35](#)JIMENO-BULNES, Mar, «Brexit and the future of European Criminal Law- A spanish perspective», cit., pp. 325 y ss.; SWIATLOWSKI, Andrzej, NITA-SWIATLOWSKA, Barbara, «Brexit and the future of European Criminal Law- a polish perspective», en *Criminal Law Forum*, 2017/28, pp. 319 y ss.; SUOMINEN, Annika, «Brexit an EU Criminal Law- the norwegian approach», en *Criminal Law Forum*, 2017/28, pp. 251 y ss.; CAHN, Oliver, «Brexit and the future of European criminal Law- a french perspective», en *Criminal Law Forum*, 2017/28, pp. 301 y ss.;

MEYER, Frank, «The "swiss model" as an option for the future UK-EU relationship», en *Criminal Law Forum*, 2017/28, pp. 275 y ss.; BOCK, Stefanie, «Brexit and the future of European Criminal Law: a German perspective», en *Criminal Law Forum*, 2017/28, pp. 311 y ss.

[36](#)BOCK, Stefanie, «Brexit and the future of European Criminal Law: a German perspective», *cit.*, p. 316.

[37](#)MITSILEGAS, Valsamis, «European Criminal Law after Brexit», *cit.*, p. 246.

[38](#)JIMENO-BULNES, Mar, «Brexit and the future of European Criminal Law- A Spanish perspective», *cit.*, p. 329.

[39](#)Recuerda en este sentido BOCK («Brexit and the future of European Criminal Law: a German perspective», *cit.*, p. 312) como tras el atentado del 16 de diciembre de 2016 en el mercado de Berlín, reivindicado por el ISI y en el que 12 personas fueron asesinadas y 40 resultaron heridas, tras el atentado, las autoridades alemanas llevaron a cabo una persecución del principal sospecho a través de Holanda, Bélgica, Francia y finalmente Italia donde el sospecho resultó muerto por la policía italiana.

[40](#)Como recuerda QUINTERO OLIVARES («Sobre posibles consecuencias penales del Brexit», *cit.*, p. 73), el destino de RU está ligado al de Gibraltar, las Islas Jersey, Guernsey y Mann, Anguilla, Bermuda, Islas Vírgenes Británicas, Islas Caimán, Montserrat y Turcas y Caicos.

[41](#)MITSILEGAS, Valsamis, «European Criminal Law after Brexit», *cit.*, p. 250.

[42](#)TERRADILLOS BASOCO, Juan María, «La Constitución para Europa: un reto político-criminal», *cit.*, pp. 20.

[43](#)Para un desarrollo más completo, ver mi contribución del mismo título en J. L. de la Cuesta (Dir.), N. J. de la Mata (Coord.), *Adaptación del Derecho penal español al Derecho penal europeo*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

[44](#)Grupo Consolidado de Investigación GICCAS IT-585-13 y UFI 11/05 UPV/EHU.

[45](#)Grupo Consolidado de Investigación GIGGAS (IT-583-13).

[46](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Política y Derecho Penal en Europa», *Revista Penal*, 3, 1999, p. 61.

[47](#)H. SATZGER, en Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2ª ed, Baden Baden, 2014, § 9 nm. 1, p. 215.

[48](#)K. AMBOS, *Derecho Penal Europeo*, Cizur Menor, 2017, § I, nm. 18, p. 64.

[49](#)M. DELMAS-MARTY, «Verso un Diritto penale comune europeo», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1997 (2), p. 543.

[50](#)Lo que no debe confundirse con una supuesta falta de influencia de la normativa comunitaria sobre el Derecho penal interno. A. CUERDA RIEZU, «¿Ostentan *ius puniendi* las Comunidades Europeas?», *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 621 y ss.

[51](#)N. J. DE LA MATA BARRANCO, *Derecho penal europeo y legislación española: las reformas del Código penal*, Valencia, 2015, p. 23.

[52](#)Término preferido por la legislación comunitaria al de armonización. K. LIGETI, *Strafrecht und strafrechtliche Zusammenarbeit in der Europäischen Union*, Berlin, 2005, p. 230; J. VOGEL, «Harmonisierung des Strafrechts in der Europäischen Union», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*,

2003, p. 315.

[53](#)J. M. SILVA SÁNCHEZ, «Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica», *Revista Penal*, 13, 2004, pp. 138 y ss.

[54](#)A. J. SANZ MORÁN, «Problemas de legitimación: tensión entre armonización legislativa y reconocimiento mutuo», en Mir Puig / Corcoy Bidasolo (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid, 2012, pp. 29 y ss.

[55](#)A. NIETO MARTÍN, «El Derecho penal europeo: una aproximación a sus problemas actuales», en Díez-Picazo/Nieto Martín (dirs.), *Los derechos fundamentales*, cit., p. 229.

[56](#)N. CORRAL MARAVER, «La irracionalidad de la política criminal de la Unión Europea», *InDret*, 4/2016, p. 7.

[57](#)M. PORTERO HENARES, «¿Principio de efectiva protección de bienes jurídicos?: Derecho penal europeo y principio de proporcionalidad», en Díez-Picazo/Nieto Martín (dirs.), *Los derechos fundamentales*, cit., p. 315.

[58](#)A. J. SANZ MORÁN, «Presente y futuro de la armonización del Derecho penal material», en M. de Hoyos Sancho (coord.), *El proceso penal en la Unión europea: garantías esenciales*, Valladolid, 2008, pp. 285 y ss.

[59](#)Por todos, N. J. DE LA MATA BARRANCO, *Derecho penal europeo y legislación española: las reformas del Código penal*, cit.

[60](#)U. SIEBER, «El futuro del Derecho Penal Europeo. Una nueva concepción sobre los objetivos y modelos del sistema penal europeo», en Arroyo Zapatero / Nieto Martín, *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*, Cuenca, 2010, p. 212; asimismo, S. ROMEO MALANDA, «Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa», *Estudios Penales y Criminológicos*, 32, 2012 pp. 337 y ss.

[61](#)M. KUBICIEL, «Ciencia del Derecho penal y política criminal europea», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 34, núm. 97, 2013, p. 33.

[62](#)A. NIETO MARTÍN, «Fundamentos constitucionales del sistema europeo de Derecho penal», *Direito e Cidadanía*, VII, 22, 2005, p. 82. Con todo, K. AMBOS, *Derecho Penal Europeo*, cit., § III nm. 6, pp. 365 y ss.

[63](#)S. BACIGALUPO, «Perspectivas del Derecho Penal en el marco de la Constitución Europea», en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 71.

[64](#)Contra lo indeterminado del concepto, S. BACIGALUPO, «Perspectivas del Derecho Penal en el marco de la Constitución Europea», cit., p. 72.

[65](#)V. gr. el ambiente o el mercado de valores J. A. E. VERVAELE, «La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea», *Revista Penal*, 15, 2005, p. 39.

[66](#)J. TERRADILLOS BASOCO, «La Constitución para Europa: un reto político-criminal», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 20, 2005, p. 39. Para un listado de actos potencialmente afectados, ver el Anexo de la *Comunicación de la Comisión al Parlamento*, cit., pp. 7 y ss.

[67](#)C. PÉREZ DEL VALLE, «Derecho penal europeo, principio de legalidad y principio de proporcionalidad», *InDret*, 4/2008, pp. 17 y ss.

[68](#)En este sentido, P. CSONKA, «Armonización del Derecho Penal en la Unión Europea», en

[69](#)D. I. CARPIO BRIZ, «Derecho penal europeo: ¿Imperio de la ley o fagocitación de competencias para imperar?» en *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, 2010, p. 200.

[70](#)A. NIETO MARTÍN, «Posibilidades y límites de la armonización del Derecho Penal nacional tras Comisión v. Consejo (*Comentario a la STFCE, asunto C-176/03, de 13-9-2005*)», *Revista española de Derecho europeo*, 17, 2006, p. 120.

[71](#)J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Armonización penal en la Unión Europea», en Arangüena Fanego / Sanz Morán (coords.), *La reforma de la Justicia Penal. Aspectos materiales y procesales*, Valladolid, 2008, p. 163.

[72](#)N. CORRAL MARAVER, «La irracionalidad de la política criminal de la Unión Europea», *InDret*, 4/2016, p. 7.

[73](#)K. AMBOS, *Derecho Penal Europeo*, cit., § III nm. 14, p. 384.

[74](#)U. SIEBER, «Einführung: Begriff, Entwicklung und Ziele des Europäischen Strafrechts», en *Europäisches Strafrecht*, cit., p. 80 (nm. 175).

[75](#)H. SATZGER, («La europeización del Derecho penal. La influencia del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico-penal nacional de los Estados miembros», *Cuadernos de Derecho Penal*, julio 2012, p. 47.

[76](#)K. AMBOS, *Derecho Penal Europeo*, cit., § I, nm. 23, pp. 75 y ss.

[77](#)M. ACALE SÁNCHEZ, «Derecho penal y Tratado de Lisboa», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 30, 2008, p. 373; S. ROMEO MALANDA, «Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa», cit., p. 383.

[78](#)Por todos, P. CSONKA, «Armonización del Derecho Penal en la Unión Europea», cit., p. 30.

[79](#)K. AMBOS, *Derecho Penal Europeo*, cit., § I nm. 19, p. 69.

[80](#)M. ACALE SÁNCHEZ, «Derecho penal y Tratado de Lisboa», cit., p. 358.

[81](#)Resolución del Parlamento Europeo sobre un enfoque de la UE acerca del Derecho Penal, de 22 de mayo de 2012 (2010/2310(INI), punto 10.

[82](#)*Ibidem*, punto 11.

[83](#)N. BITZILEKIS/M. KAIAFA-GBANDI/E. SYMEONIDOU-KASTANIDOU, «Theorie der genuinen europäischen Rechtsgüter», en B. Schünemann (Hrsg./Ed.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege. A Programme for European Criminal Justice*, Köln, 2006, pp. 222 y ss.

[84](#)A favor de la idea de comenzar por un Código penal modelo europeo, U. SIEBER, «Memorandum für ein Europäisches Strafgesetzbuch», *Juristen Zeitung*, 1997, pp. 369 y ss.

[85](#)A. KLIP, «Towards a General Part of Criminal Law for the European Union», en A. Klip (ed.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Antwerpen/Apledoorn/Portland, 2011, pp. 15 y ss.

[86](#)J. M. SILVA SÁNCHEZ, «Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica», cit., p. 138. Ver también, D. I. CARPIO BRIZ, «Derecho penal europeo: ¿Imperio de la ley o fagocitación de competencias para imperar?» cit., p. 180.

- [87](#)R. H. EFENDEHL, «Europäisches Strafrecht. Bis wohin und nicht weiter?», en B.Schünemann (Hrsg./Ed.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege. A Programme for European Criminal Justice*, cit., pp. 214 y ss.
- [88](#)A. NIETO MARTÍN, «Fundamentos constitucionales del sistema europeo de Derecho penal», cit., p. 89.
- [89](#)B. FERNÁNDEZ OGALLAR, *El Derecho penal armonizado de la Unión Europea*, Madrid, 2014, p. 345.
- [90](#)U. SIEBER, «El futuro del Derecho Penal Europeo. Una nueva concepción sobre los objetivos y modelos del sistema penal europeo», cit., p. 167.
- [91](#)S. ROMEO MALANDA, «Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa», cit., pp. 327 y ss.
- [92](#)A. NIETO MARTÍN, «Modelos de organización judicial en el Derecho penal europeo», en Díez-Picazo/Nieto Martín (dirs.), *Los derechos fundamentales*, cit., p. 149. Con todo, K. AMBOS, *Derecho Penal Europeo*, cit., § I nm. 18, pp. 65 y ss.
- [93](#)M. VORNBAUM, «El desarrollo de la Unión Europea su influencia sobre el Derecho penal europeo», *Revista Penal*, 19, 2007, p. 104.
- [94](#)J. TERRADILLOS BASOCO, «La Constitución para Europa: un reto político criminal», cit., p. 43.
- [95](#)J. TERRADILLOS BASOCO, «La Constitución para Europa. ¿Las bases del Derecho Penal Europeo?», *Estudios Penales y Criminológicos*, XXV, 2005, p. 397.
- [96](#)J. A. E. VERVAELE, «European Criminal Law and General Principles of Union Law», en Z. Durdevic (ed.), *Current issues in European Criminal Law and the Protection of EU Financial Interests*, Zagreb, 2006, pp. 167, 171 y 193.
- [97](#)J. L. DÍEZ-RIPOLLÉS, «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01, 2005.
- [98](#)K. NUOTIO, «On the significance of Criminal Justice for a Europe "united in diversity"», en K. Nuotio (ed.), *Europe in search of meaning and purpose*, Helsinki, 2004, p. 209.
- [99](#)J. A. E. VERVAELE, *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, cit., p. 53.
- [100](#)El art. 84 del Tratado de funcionamiento de la UE autoriza al Parlamento y al Consejo a «establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas que impulsen y apoyen la actuación de los Estados miembros en el ámbito de la prevención de la delincuencia», si bien excluye en este plano la posibilidad «de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros».
- [101](#)Una versión previa del presente texto se presentó como ponencia en el marco de la sesión «*Punishment and Politics: Theoretical explanations*» en el *16th Annual Conference* de la *European Society of Criminology*, celebrado en Münster (Alemania) en septiembre de 2016. Agradezco a Cristina Fernández Bessa, Zelia Gallo, Máximo Sozzo y Richard Sparks los comentarios sobre el texto que realizaron con motivo de dicha sesión. La investigación se enmarca en los proyectos DER2014-52674-R (Ministerio de Economía y Competitividad) y GRC2015/021 (*Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria, Xunta de Galicia*), otorgados al grupo de investigación ECRIM de la Universidad de A Coruña.

- [102](#)Vid., sobre ello, A. KLIP (ed.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Antwerpen, Maklu, 2011, *pássim*; S. MIETTINEN, *Criminal Law and Policy in the European Union*, London, 2013, pp. 145 y ss.; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon*, Portland, Hart, 2016, *pássim*.
- [103](#)Vid., sobre ello, M. FLETCHER, R. LÖÖF y B. GILMORE, *EU Criminal Law and Justice*. Cheltenham, Edward Elgar, 2010, pp. 87 y ss.; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Portland, Hart, 2009, pp. 115 y ss.
- [104](#)Sobre ello, vid. por todos J. A. BRANDARIZ GARCÍA, *El modelo gerencial-actuarial de penalidad: Eficiencia, riesgo y sistema penal*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 111 y ss.
- [105](#)Vid. C. FERNÁNDEZ BESSA y J. A. BRANDARIZ GARCÍA, «Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica: El giro gerencial del dispositivo de deportación», *InDret*, 4 (2016), pp. 7 y ss.
- [106](#)Esa transformación se verificó mediante el Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016.
- [107](#)Vid. J. A. BRANDARIZ GARCÍA, *El modelo gerencial-actuarial de penalidad: Eficiencia, riesgo y sistema penal*, *cit.*, pp. 27 y ss.; A. RECASENS I BRUNET, *La seguridad y sus políticas*, Barcelona, Atelier, 2007, pp. 177 y ss.
- [108](#)Vid., en este sentido, M. F. AEBI y A. LINDE, «El misterioso caso de la desaparición de las estadísticas policiales españolas», *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 12 (2010), *pássim*.
- [109](#)Vid., sobre ello, J. A. BRANDARIZ GARCÍA, «An enduring sovereign model of punishment: Post-dictatorial penal policies in Spain», *Punishment & Society*, 2017 (en prensa).
- [110](#)Vid. D. JIMÉNEZ FRANCO, *Trampas y tormentos. Para una ecología del castigo en el reino de España*, Madrid, La Caída, 2015, pp. 45 y ss.; del mismo, *Mercado, Estado, cárcel en la democracia neoliberal española*, Barcelona, Anthropos, 2016, pp. 187 y ss.
- [111](#)Vid. C. FERNÁNDEZ BESSA y J. A. BRANDARIZ GARCÍA, «Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica: El giro gerencial del dispositivo de deportación», *cit.*, pp. 7 y ss.
- [112](#)Vid., sobre tal cultura, M. POWER, *The Audit Society: Rituals of Verification*, Oxford: Oxford University Press, 1997, *pássim*.
- [113](#)Vid. sobre ello, por todos, L. MUCCHIELLI, «Faire du chiffre: le "nouveau management de la sécurité"», en L. MUCCHIELLI (ed.), *La frénésie sécuritaire*, Paris, La Découverte, 2008, pp. 99 y ss.
- [114](#)Vid., sobre ello, G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri: Storia, diritto, politica*, Roma, Carocci, 2013, p. 169; L. FEKETE, *A Suitable Enemy: Racism, Migration and Islamophobia in Europe*, London, Pluto Press, 2009, pp. 137, 140.
- [115](#)Vid. C. FERNÁNDEZ BESSA, *El dispositiu de deportació. Anàlisi criminològica de la detenció, internament i expulsió d'immigrants en el context espanyol*, tesis doctoral inédita, Universitat de Barcelona, 2016, pp. 56 y ss. (diposit.ub.edu).
- [116](#)Los datos que se mencionan a continuación provenientes de Eurostat (ec.europa.eu/eurostat) y del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (www.defensordelpueblo.es/mnp) son públicos. Los correspondientes al Ministerio del Interior han sido obtenidos tras una previa solicitud a través del Portal de Transparencia.

- [117](#)Cfr., con datos hasta 2015, C. FERNÁNDEZ BESSA y J. A. BRANDARIZ GARCÍA, «Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica: El giro gerencial del dispositivo de deportación», *cit.*, pp. 8 y ss.
- [118](#)Vid. J. A. BRANDARIZ GARCÍA, *Sistema penal y control de los migrantes: Gramática del migrante como infractor penal*, Granada, Comares, 2011, pp. 84 y ss.; M. MONCLÚS MASÓ, *La gestión penal de la inmigración*, Buenos Aires, Del Puerto, 2008, pp. 402 y ss.; E. ROMERO, *Un deseo apasionado de trabajo más barato y servicial: Migraciones, fronteras y capitalismo*, Oviedo, Cambalache, 2010, pp. 99 y ss.; J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Inmigración, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina», en P. FARALDO CABANA, L. M. PUENTE ABA y E. SOUTO GARCÍA (eds.), *Derecho Penal de excepción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 284.
- [119](#)Vid., sobre ello, M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Mujeres en el CIE: Género, inmigración e internamiento*, Donostia-San Sebastián, Tercera Prensa, 2013, p. 115; PUEBLOS UNIDOS, *CIE y expulsiones exprés: Informe anual 2014*, Madrid, Pueblos Unidos, 2015, pp. 58 y ss. (www.entreculturas.org). Vid. asimismo L. FEKETE, «Accelerated Removals: The Human Cost of EU Deportation Policies», *Race & Class*, 52 (2011), pp. 89 y ss.
- [120](#)Vid. C. FERNÁNDEZ BESSA y J. A. BRANDARIZ GARCÍA, «Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica: El giro gerencial del dispositivo de deportación», *cit.*, pp. 13 y ss.
- [121](#)Vid., sobre ello, E. SAINZ DE LA MAZA QUINTANAL, «*Ultima ratio*»: *el proceso de expulsión de inmigrantes en situación irregular en España*, Tesis doctoral inédita, Universidad Complutense de Madrid, 2015 (eprints.ucm.es), pp. 270 y ss.
- [122](#)Vid. G. CAMPESI, *Polizia della frontiera: Frontex e la produzione dello spazio europeo*, Roma, DeriveApprodi, 2015, pp. 128 y ss.; C. FERNÁNDEZ BESSA, *El dispositiu de deportació. Anàlisi criminològica de la detenció, internament i expulsió d'immigrants en el context espanyol*, *cit.*, pp. 416 y ss.
- [123](#)Vid. K. CALAVITA, «A "Reserve Army of Delinquents": The Criminalization and Economic Punishment of Immigrants in Spain», *Punishment & Society*, 5 (2003), pp. 407, 410.
- [124](#)Vid., sobre ello, E. GARCÍA ESPAÑA, «Extranjeros presos y reinserción: Un reto del siglo XXI», en A. I. CEREZO DOMÍNGUEZ y E. GARCÍA ESPAÑA (eds.), *La prisión en España: Una perspectiva criminológica*, Granada, Comares, 2007, pp. 120 y ss.; J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La criminalidad de los migrantes. Aproximación criminológica», *Revista galega de seguridade pública*, 8 (2006), p. 134.
- [125](#)Vid., en este punto, I. BARBERO GONZÁLEZ y C. FERNÁNDEZ BESSA, «Beyond surveillance: Racial profiled detention practices in everyday life», en W. R. WEBSTER *et al.* (eds.), *Living in Surveillance Societies: The State of Surveillance*, Seattle, CreateSpace, 2013, pp. 300 y ss.; C. FERNÁNDEZ BESSA, *El dispositiu de deportació. Anàlisi criminològica de la detenció, internament i expulsió d'immigrants en el context espanyol*, *cit.*, p. 330; D. MOFFETTE, «Governing immigration through probation: The displacement of borderwork and the assessment of desirability in Spain», *Security Dialogue*, 45 (2014), pp. 271 y ss.
- [126](#)Cfr. E. SAINZ DE LA MAZA QUINTANAL, «*Ultima ratio*»: *el proceso de expulsión de inmigrantes en situación irregular en España*, *cit.*, p. 289.
- [127](#)Vid. J. H. HAAHR y W. WALTERS, *Governing Europe: Discourse, Governmentality and European Integration*, London, Routledge, 2004, pp. 114 y ss.; W. DRECHSLER, «Towards a Neo-Weberian European Union? Lisbon Agenda and Public Administration», *Halduuskultuur*, 10 (2009), pp. 11 y ss.; H. C. H. HOFMANN, G. C. ROWE y A. H. TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 25 y ss.

[128](#)Vid. G. CAMPESI, «Frontex, the Euro-Mediterranean Border and the Paradoxes of the Humanitarian Rhetoric», *South-East European Journal of Political Science*, II (2014), p. 132; G. FELDMAN, *The Migration Apparatus: Security, Labor, and Policymaking in the European Union*, Stanford, Stanford University Press, 2012, pp. 56 y ss.; M. LEHNERT, *Frontex und operative Maßnahmen an den europäischen Außengrenzen*, Baden-Baden, Nomos, 2013, pp. 444 y ss.

[129](#)Vid., a modo de referencia, FRONTEX, *Programme of Work 2012*, Warsaw, Frontex, 2012; *Twelve Seconds to Decide. In Search of Excellence: Frontex and the Principle of Best Practice*, Warsaw, Frontex, 2015; *Guide for Joint Return Operations by Air Coordinated by Frontex*, Warsaw, Frontex, 2016.

[130](#)Vid., sobre ello, G. CAMPESI, *Polizia della frontiera: Frontex e la produzione dello spazio europeo*, cit., pp. 132 y ss.; G. FELDMAN, *The Migration Apparatus: Security, Labor, and Policymaking in the European Union*, cit., pp. 78 y ss.; S. HORII, «The effect of Frontex's risk analysis on European border controls», *European Politics and Society*, 17 (2016), pp. 242 y ss.

[131](#)Vid. I. BARBERO, *Las transformaciones del Estado y del Derecho ante el control de la inmigración*. Zarautz: Ikuspegi, 2010, p. 67; C. FERNÁNDEZ BESSA, *El dispositiu de deportació. Anàlisi criminològica de la detenció, internament i expulsió d'immigrants en el context español*, cit., pp. 161 y ss.

[132](#)Vid. asimismo FRONTEX, *Code of Conduct for Joint Return Operations Coordinated by Frontex*, Warsaw, Frontex, 2013; *Guide for Joint Return Operations by Air Coordinated by Frontex*, cit.

[133](#)Vid., entre otros, A. DE GIORGI, «Five Theses on Mass Incarceration», *Social Justice*, 42 (2015), p. 14; E. GUILD, *Security and Migration in the 21st Century*, Cambridge, Polity Press, 2009, p. 26; R. E. KOULISH, *Immigration and American Democracy: Subverting the Rule of Law*, New York, Routledge, 2010, pp. 3 y ss., 179.

[134](#)Cfr. MORGADES GIL, S., «La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 37, 2010, pp. 801 y ss., 805.

[135](#)MORGADES GIL, S., *op. cit.*, pp. 804 y ss.

[136](#)SSTEDH Asunto Ahmed vs. Austria, núm. 25964/94, de 17 diciembre 1996; Asunto Jabari vs. Turquía, núm. 40035/98, de 11 de julio de 2000; Asunto Hilal vs. Reino Unido, núm. 45276/99, de 6 de marzo de 2001; Asunto Conka vs. Bélgica, núm. 51564/99, de 5 de febrero de 2002; Asunto N. vs. Finlandia, núm. 38885/02, de 26 de julio 2005; Asunto Gebremedhin vs. Francia, núm. 25389/05, de 26 de abril de 2007; Asunto Muminov vs. Rusia, núm. 42502/06, de 11 de diciembre de 2008. En este ámbito, es también interesante la STEDH Asunto M. S. S. vs. Bélgica y Grecia, núm. 30696/09, de 21 de enero de 2011.

[137](#)SSTEDH Asunto Jabari vs. Turquía, núm. 40035/98, de 11 de julio de 2000; Asunto Gebremedhin vs. Francia, núm. 25389/05, de 26 de abril de 2007; Asunto Muminov vs. Rusia, núm. 42502/06, de 11 de diciembre de 2008; Asunto A. M. vs. Francia, núm. 56324/13, de 12 de julio de 2016.

[138](#)STEDH, Asunto Saadi vs. Reino Unido, núm. 13229/03, de 29 de enero de 2008. Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, J./QUERALT JIMÉNEZ, A., «El derecho a la libertad y a la seguridad y su sistema de garantías en el Convenio de Roma: un estándar mínimo europeo (art. 5 CEDH)», en J. García Roca/P. Santolaya (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009; FALLADA GARCÍA-VALLE, J. R., «Algunos límites a los derechos de los inmigrantes: detención y expulsión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 20, 2010; MORGADES GIL, S., *op. cit.*, p. 828. Vid. PORTILLA

CONTRERAS, G. «Derecho a la libertad y a la seguridad», en C. Monereo Atienza/J. L. Monereo Pérez (Dir.), *La Europa de los Derechos, Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012, pp. 130-131.

[139](#)Cfr. MORGADES GIL, S., *op. cit.*, p. 840. Cfr. [#sdfootnote140anc"](#)
_mce_href="#sdfootnote140anc" name="sdfootnote140sym"140Cfr. MORGADES GIL, S., *op. cit.*,
p. 827.

[141](#)Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J. «Reflexiones y propuestas sobre inmigración. En torno al Proyecto de reforma del Código penal de 2009», *InDret* 1/2010.

[142](#)Cfr. FALLADA GARCÍA-VALLE, J. R., *op. cit.*, p. 13; ÁLVAREZ GARCÍA, J./QUERALT JIMÉNEZ, A., *cit.*

[143](#)Cfr. detenidamente, FALLADA GARCÍA-VALLE, J. R., *cit.*, pp. 11 y ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, J./QUERALT JIMÉNEZ, A., *op. cit.*; GARCÍA ROCA, J./DÍAZ CREGO, M., «Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en 2008», en E. Aja Fernández y otros (ed.), *La Inmigración en España en 2008. Anuario de inmigración y políticas de inmigración*, Cindob, Badalona, 2009, p. 267.

[144](#)Cfr. MORGADES GIL, S., *cit.*, pp. 829, 840.

[145](#)STEDH Asunto Amuur vs. Francia, núm. 19776/92, de 25 de junio de 1996. Cfr. MORGADES GIL, S., *cit.*, p. 826.

[146](#)Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J., «El Derecho Penal como estrategia de exclusión: La respuesta punitiva a la inmigración», en M. A. Núñez Paz (Coord.), *Un Derecho Penal comprometido, Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 1137.

[147](#)Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J., «Sistema penal e inmigración», en F. Pérez Álvarez (ed.), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1466, 1468-1469, 1474.

[148](#)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.

[149](#)TERRADILLOS BASOCO, J., «Las políticas penales europeas de inmigración», L. M. Puente Aba (Dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*, Comares, Granada, 2008, p. 208.

[150](#)Convenio de Dublín de 15 de junio de 1990. Los Estados miembros suscribieron este Convenio en virtud de los términos del artículo 142.1 del Convenio de Schengen.

[151](#)Reglamento (CE) 343/2003, del Consejo, de 18 de febrero, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.

[152](#)Reglamento (UE) 604/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida.

[153](#)Cfr. MORGADES GIL, S., *cit.*, p. 828; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., «Derecho de asilo», en C. Monereo Atienza/J. L. Monereo Pérez (Dir.), *La Europa de los Derechos, Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012, p. 417. Véase detenidamente, NAÏR, S., *Refugiados. Frente a la catástrofe humanitaria, una solución real*. Ed. Planeta (Crítica), Barcelona, 2016.

[154](#)Cfr. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., *op. cit.*, p. 417.

[155](#)Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J., «El Derecho Penal como estrategia de exclusión: La respuesta punitiva a la inmigración», *cit.*, pp. 1122, 1123.

[156](#)Cfr. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., *cit.*, p. 429.

[157](#)A partir del 26 de septiembre de 2015, entra en vigor este instrumento de emergencia adoptado para aliviar la presión de la afluencia de desplazados en Italia y Grecia determinada por la aplicación del Sistema Dublín.

[158](#)El art. 18 garantiza «*el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*». Téngase en cuenta que el TEDH ha consolidado el *principio de no devolución* como salvaguarda básica de los solicitantes de asilo frente al riesgo de sufrir tortura, tratos inhumanos o degradantes, prohibido por el art. 3 CEDH, hasta el punto de reconocer un margen de protección del citado principio más amplio que el previsto por el art. 33 de la Convención de Ginebra. *Vid.* SSTEDH Asunto Ahmed vs. Austria, núm. 25964/94, de 17 de diciembre de 1996; Asunto Hilal vs. Reino Unido, núm. 45276/99, de 6 de marzo de 2001; Asunto N. vs. Finlandia, núm. 38885/02, de 26 de julio de 2005. Sobre esta cuestión, MORGADES GIL, S., *op. cit.*, pp. 808, 809.

[159](#)El derecho a la libertad y a la seguridad se reconoce en el art. 6 de la Carta.

[160](#)Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L. «Alcance e interpretación de los derechos y principios», en C. Monereo Atienza/J. L. Monereo Pérez (Dirs.), *La Europa de los Derechos, Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012, pp. 1349-1350.

[161](#)Dictamen, de 18 de septiembre de 2002, sobre el «Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales»; Dictamen, de 11 de diciembre de 2002, sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales».

[162](#)Lenguaje mercantil que se evidencia en la *auditoría* del Tribunal de Cuentas Europeo (TCE), en el Informe Especial «Respuesta de la UE a la crisis de los refugiados: el enfoque de "puntos críticos"», n. 6, 2017. En los informes especiales del TCE se exponen los resultados de sus auditorías de gestión y de cumplimiento de ámbitos presupuestarios o de temas de gestión específicos.

[163](#)Sobre ello, véase con detenimiento, DE LUCAS, J., *Mediterráneo: el naufragio de Europa*. Tirant Humanidades, Valencia, 2015.

[164](#)Cfr. MORGADES GIL, S., *cit.*, p. 804.

[165](#)TERRADILLOS BASOCO, J., *Delitos societarios. El Derecho Penal en las Sociedades Mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*, Akal/Iure, 1987, p. 27.

[166](#)Sobre esta sentencia y la reforma de los delitos societarios en Italia que fue al origen de esta decisión véase FOFFANI, L., «Crónica de una muerte anunciada: la reforma de los delitos societarios en Italia», en *Rev. Pen.*, n. 15 (2005), pp. 57 y ss.; Id., *Bienes jurídicos de relevancia comunitaria y protección penal: el caso de las falsedades en las cuentas de sociedades mercantiles*, en LUZÓN PEÑA, D. M. (coord.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 777 y ss. y en *Rev. Pen.*, 27 (2011), p. 41ss.

[167](#)BÖSE, M., «The System of Vertical and Horizontal Cooperation in Administrative Investigations in EU Competition Cases», en Ligeti, K. (ed.) *Toward a prosecutor for the European Union*. Volume

1. A Comparative Analysis, Hart Publishing, Oxford, 2013.

[168](#)Vid. TIEDEMANN, K., «Wettbewerbsstrafrecht», en TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäische Union*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2002.

[169](#)Directiva (UE) 2017/1371 de 5 de julio de 2017 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, DO 28.7.2017, L 198/29.

[170](#)Reglamento (UE) 2017/1939 de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, DO 31.10.2017, L 283/1.

[171](#)Al respecto de todos estos sectores DE LA CUESTA, J. L. (dir)/DE LA MATA BARRANCO, N. (coord.), *Adaptación del Derecho penal español a la política criminal de la Unión Europea*, Thomson Aranzadi, 2017.

[172](#)STEDH, 20.9.2011, Ullens de Schooten et Rezabveck c. Bélgica req. nº 38353/07.

[173](#)Punto 27: «debe aplicarse respetando debidamente el derecho a la protección de datos de carácter personal (artículo 8), la libertad de expresión y de información (artículo 11), la libertad de empresa (artículo 16), el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (artículo 47), la presunción de inocencia y derechos de la defensa (artículo 48), los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas (artículo 49) y el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción (artículo 50)».

[174](#)STJUE (Gran Sala), 8.9.2015, Taricco y otros, asun. C-165-14.

[175](#)Al respecto ampliamente GÓMEZ JARA, C., *La protección transnacional de los mercados financieros*, Marcial Pons, 2014, p. 51ss.

[176](#)Directiva 89/592 de 13.11.1989 sobre coordinación de la normativa relativa a las operaciones con información privilegiada, 18.11.1989, DO L 334/390.

[177](#)Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003 sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado), DOUE L 96/16.

[178](#)Report on administrative measures and sanctions as well as the criminal sanctions available in the member states under the Market Abuse Directive, (MAD, REF CESR/07-693).

[179](#)Con una concepción de la pena que se aproxima a la denominada prevención general positiva la Directiva indica que «es esencial reforzar el cumplimiento de las normas sobre abuso de mercado previendo sanciones penales que demuestren una desaprobación social de carácter más severo frente a la que denotan las sanciones administrativas. La tipificación como infracciones penales de, al menos, las formas graves de abuso de mercado establece unos límites claros que señalan los tipos de conductas que se consideran particularmente inaceptables, y transmite a la población y a los posibles infractores la enorme seriedad con que las afrontan las autoridades competentes».

[180](#)VOGEL, J., «Wertpapierhandelsstrafrecht - Vorschein eines neuen Strafrechtsmodells?», *Festschrift für G. Jakobs zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2007.

[181](#)Directiva de ejecución (UE) 2015/2392 de la Comisión de 17 de diciembre de 2015 relativa al Reglamento (UE) no 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la comunicación de posibles infracciones o infracciones reales de dicho Reglamento a las autoridades competentes.

[182](#)TAPIA HERMIDA, A., «La nueva regulación comunitaria del abuso de mercado: el Reglamento (UE), núm. 596/2014 y la Directiva de abuso de mercado», en *Revista de derecho bancario y bursátil*

, 2014. (135) p 383 y ss.

[183](#)Vid. al respecto por todos FERNÁNDEZ OGALLAR, B., *El Derecho penal armonizado de la Unión Europea*, Dyckinson, 2014, 178 y ss.

[184](#)Cfr. NIETO MARTÍN, A., «El abuso de mercado un nuevo paradigma en el Derecho penal europeo», en DEMETRIO CRESPO, E./SERRANO PIEDECASAS, J. R., *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Colex, 2010, pp. 315 y ss.

[185](#)Reglamento (UE) N o 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados), se modifica la Decisión n o 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/77/CE de la Comisión, OJ L 331, 15.12.2010, pp. 84-119.

[186](#)La AEVM tiene además capacidad para imponer sanciones administrativas a las agencias de rating. La crisis de la deuda pública, subsiguiente a la crisis financiera de 2008, llevó al legislador europeo a hacer una regulación propia de las agencias de calificación (Reglamento 1060/2009 sobre agencias de calificación crediticia y Reglamento 946/2012 estableciendo sanciones impuestas por la AEVM).

[187](#)Art. 27 Obligación de Cooperar: «se adopten las medidas apropiadas para que las autoridades competentes dispongan de todas las facultades necesarias para cooperar con las autoridades judiciales en el marco de su jurisdicción con objeto de recibir información específica relativa a las investigaciones o los procesos penales iniciados por posibles infracciones del presente Reglamento y facilitarla a otras autoridades competentes y a la AEVM para cumplir con su obligación de cooperar entre ellas y con la AEVM a los efectos del presente Reglamento».

[188](#)Y otros ordenamientos como el austriaco han expresamente renunciado --en la «*Verbandsverantwortlichkeitsgesetz*» de 1997-- a calificar la nueva responsabilidad de las personas jurídicas como penal o administrativa.

[189](#)La Directiva, en realidad, no deja demasiado claro si quiere sancionar la manipulación de mercados que se hace en estos mercados con la intención de alterar el precio de los productos financieros de referencia o de si en cambio lo que pretende es sancionar cualquier tipo de manipulación que objetivamente afecte al precio, con independencia de cuál ha sido la intención. En este caso, lo que se estaría exigiendo del legislador nacional es la creación de un delito cualificado por el resultado, doloso en la lo tocante a la manipulación e imprudente en relación a la afectación al índice de referencia.

[190](#)Prieto del Pino, A. M., *El Derecho Penal ante el Uso de Información Privilegiada en el Mercado de Valores*, Aranzadi, 2004, pp. 365 y ss.

[191](#)Sobre esta cuestión vid. en relación al actual texto MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, 5 Edición, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 362 y ss.

[192](#)Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 29 de Madrid, núm. 167/2016 de 24 mayo.

[193](#)Sobre los defectos de la tipificación penal vid. GÓMEZ JARA, C., La protección penal, *op. cit.*, pp. 77 y ss. Para un comentario de los tipos de manipulación de mercado, vid. NIETO MARTÍN, A., Lección XI, Manipulación de mercado, en GÓMEZ RIVERO, C. (dir), en *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. II, Tecnos, 2015, pp. 254 y ss.

[194](#)La Directiva en relación a la manipulación informativa distingue entre las conductas relativas a instrumentos financieros (art. 5. 2 c) y la relativa a la manipulación de índices de referencia. Mientras que en el primer caso el verbo típico es difundir, el segundo es comunicar. Como se verá plenamente adecuado al escándalo del libor.

[195](#)Vid. por ejemplo, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios de los mercados de valores» y VARGAS LOZANO, R., «La alteración del precio de los instrumentos financieros y su relevancia penal a la luz del art. 284 del Código penal español», en DEMETRIO CRESPO, E./MAROTO CALATAYUD, M., *Crisis financiera y derecho penal*, Edisofer, 2014, p. 787 ss y 907 ss respectivamente.

[196](#)Vid. las reflexiones de GÓMEZ JARA, C, *La protección penal transnacional de los mercados*, op. cit., p. 97 s entorno a si la voluntad real de negociar debe ser considerada la línea divisoria en torno a las sanciones penales y las administrativas. La propuesta de este autor, realizada antes de la aprobación de la Directiva sobre abuso de mercado, sería dejar en manos del derecho sancionador administrativo los casos en que la manipulación se sustenta sobre operaciones reales, y que constituyen la segunda modalidad de manipulación informativa. Aunque esta tesis me parece correcta, lo cierto es que la Directiva obliga a sancionar todo tipo de manipulación de mercado. La sanción penal, exclusivamente de las conductas de manipulación.

[197](#)Sobre la dificultad de precisar la zona de lo punible en relación a estas conductas, GÓMEZ JARA, C., *La protección penal transnacional*, op. cit. pp. 80 y ss., en relación por ejemplo a las ventas en corto en descubierto.

[198](#)Vid. las reflexiones de GÓMEZ JARA, C, *La protección penal transnacional de los mercados*, op. cit., p. 97 s entorno a si la voluntad real de negociar debe ser considerada la línea divisoria entre las sanciones penales y las administrativas. Sobre esta distinción podría abordarse igualmente el tratamiento de la negociación de alta frecuencia a través de algoritmos pues como el autor reconoce cambia el instrumento de realizar la manipulación, pero no las técnicas de realizarla que son iguales a los casos de manipulación «manual» (p. 99).

[199](#)Al respecto vid. expresamente GOMÉZ INIESTA, D., «La responsabilidad penal de las agencias de calificación crediticia», en DEMETRIO CRESPO, E./MAROTO CALATAYUD, M., *Crisis financiera y derecho penal*, Edisofer, 2014, p. 657 ss y GÉMEZ JARA, C., *La protección penal transnacional*, op. cit., pp. 104 y ss. Existe un régimen sancionador de las agencias europeas, en manos de la AEVM (vid. nota 21).

[200](#)Cfr. FOFFANI, L., en DONINI, M. (dir.), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Milano, Giuffrè, 2001.

[201](#)Muy marginal es el papel actual de los «delitos contra la economía publica, la industria y el comercio» previstos en el titulo XII del Código penal Rocco de 1930.

[202](#)Parmalat ha sido el más grande escándalo financiero en la historia de Italia, que ha llevado a varias sentencias de condena para el presidente y mayor accionista Calisto Tanzi y de los otros directivos del grupo de industria alimentaria de Parma, por bancarrota fraudulenta y por aggriotaggio y obstáculo a las funciones de las autoridades de vigilancia (.).

[203](#)Váase sobre todo los asuntos BNL-Unipol y Antonveneta, descritos en FOFFANI, L./CASTRONUOVO, D., *Casi di diritto penale economico*, vol. I, Impresa e mercato, Bologna, Il Mulino, 2016.

[204](#)FOFFANI, L., *Verso un'armonizzazione europea del diritto penale dell'economia: la genesi di nuovi beni giuridici economici di rango comunitario, il ravvicinamento dei precetti e delle sanzioni*.

ÍNDICE:

I. ESTUDIOS DE PARTE GENERAL

1. La investigación en Derecho penal

Investigar en derecho penal: las enseñanzas de un Maestro

Esther Hava García

Hacia una dogmática jurídico penal como sistema abierto

María José Rodríguez Mesa

Contexto, interdisciplinariedad y dogmática penal

Diana Patricia Arias Holguín

La implantación de los estudios oficiales de criminología en España

José Luis Díez-Ripollés

Derecho Penal y Psiquiatría. De cómo una psiquiatra se aventuró por el mundo penal y criminológico siguiendo al Prof. Terradillos

Julia Cano Valero

Diversidad cultural y Derecho penal

Guillermo Portilla Contreras

Reformas penales y gobernar a través del delito: el caso peruano

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Bienes jurídicos, valores y derechos: satisfacción de necesidades y lucha por el reconocimiento

Mercedes Alonso Álamo

Derecho penal y utopía garantista: una visión latinoamericana

Juan Oberto Sotomayor Acosta

Notas básicas sobre la autoría a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP español): Autoría y significado específico del hecho

Carlos Martínez-Buján Pérez

Sobre la interpretación en Derecho Penal

Iván Meini

2. Evolución histórica de la Ciencia del Derecho penal

Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura

Francisco Muñoz Conde

Metamorfosis del Derecho penal del Estado de Derecho

Eduardo Demetrio Crespo

La Ilustración hispana frente al encierro punitivo: la obra de Lardizábal en su discípulo Joseph

Marcos Gutiérrez

Alejandro W. Slokar

1917: La Constitución del Estado social y democrático de derecho en México

Luis Arroyo Zapatero

3. Constitución y ley penal: la imposible convergencia

Exigencias normativas de legitimidad en la ley penal. Constitución y teoría de la legislación penal

Gloria González Agudelo

Los tipos de omisión impropia y el principio de legalidad estricta

Luis Fernando Niño

4. Política y Derecho penal en Europa

¿El Brexit es un reto para la política criminal de la Unión Europea?

María Acale Sánchez

El proceso de integración penal europea

José Luis de la Cuesta Arzamendi

Cultura política de la UE y racionalidades penales nacionales: Reflexiones sobre la penalidad migratoria

José Ángel Brandariz García

El paradigma de la privación de libertad de solicitantes de protección internacional en Europa: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. el Derecho de la Unión Europea

Esther Pomares Cintas

Abusos de mercado y Derecho penal: España e Italia frente al impulso europeo

Adán Nieto Martín

Luigi Foffani

5. Peligrosidad social y Estado de Derecho

A vueltas con el Derecho penal de la peligrosidad

Rafael Rebollo Vargas

Los disfraces de la peligrosidad (la pena del delito común contra la propiedad)

Raúl Zaffaroni

Los «anormales» y su discriminación penal

Nicolás García Rivas

6. Consecuencias jurídicas del delito

¿Penas o medidas?: del garantismo a la confusión

Mercedes García Arán

El castigo de la delincuencia económica y el riesgo de derecho penal de autor

Gonzalo Quintero Olivares

Nuevas tendencias penológicas: hacia la penología del control

Borja Mapelli Caffarena

La prisión permanente revisable: crónica de una derogación anunciada

María del Mar Martín Aragón

7. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

El órgano de cumplimiento en la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: indefiniciones y precisiones

Norberto J. de la Mata Barranco

La conveniencia de la responsabilidad penal de los partidos políticos

Joan Baucells Lladós

Sobre las inconcebibles naturaleza y función penales y sancionatorias de las erróneamente denominadas «penas», medidas de seguridad «penales» u otra especie de sanciones «penales» aplicables a personas jurídicas

Luis Gracia Martín

8. Justicia penal de transición, impunidad y memoria

Ley de Amnistía. Cuarenta años después

Araceli Manjón-Cabeza Olmeda

II. ESTUDIOS DE PARTE ESPECIAL

1. El Derecho penal de la Globalización

Violencia e impunidad: Examen al Estado

Arturo Ventura Püschel

Francisco Javier Álvarez García

La violencia como elemento del delito de rebelión

Miriam Cugat Mauri

Delimitación de las modalidades de conducta en el delito de atentado: el significado de agredir,

acometer y oponer resistencia

María del Mar Carrasco Andrino

Francisco Javier Álvarez García

Actualizar la prohibición del genocidio y las masacres

Ramón Sáez Valcárcel

Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de Derechos Humanos en el marco del Derecho penal internacional

Ana Isabel Pérez Cepeda

Derecho penal y exclusión social. El «top manta» en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial

Margarita Martínez Escamilla

La protección penal del crédito después de la crisis económica

Hernán Hormazábal Malarée

La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis. Análisis jurisprudencial

Juan Muñoz Sánchez

Regulación del cannabis: aportes político-criminales para la construcción de alternativas al modelo prohibicionista de control de las drogas

Diego Silva Forné

2. Corrupción

Corrupción pública en Latinoamérica

Fabián Luis Riquert

Crimen organizado, corrupción y responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú

José Ugaz S. M.

El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la Administración pública y por soborno transnacional en el debate parlamentario argentino de 2017

Carlos Julio Lascano

Delito de «cohecho electoral»

Lorenzo Morillas Cueva

«Rendición de cuentas y transparencia» como instrumentos de lucha contra la corrupción de los partidos políticos

M^a José Rodríguez Puerta

3. Derecho penal económico y de la empresa

La protección penal del consumidor digital

Luis Ramón Ruiz Rodríguez

El fantasma del administrador de hecho y otras cuestiones fundamentales en los delitos societarios

José Manuel Ríos Corbacho

Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal colombiano

Fernando Velásquez Velásquez

Valoración de la vigente tutela penal de la propiedad intelectual tras la reforma del Código de 2015

Luis Rodríguez Moro

La vigencia de la categoría delito de cuello blanco cuando los delitos socioeconómicos se comenten en contextos normalizados

Laura Zúñiga Rodríguez

Estafa y fraude de subvenciones: una revisión de sus relaciones concursales

M^a del Carmen Gómez Rivero

¿Nueva alternativa a la pena en materia penal tributaria y previsional en Argentina?

Marcelo A. Riquert

Delito de defraudación tributaria y blanqueo de capitales. Reflexiones en supuestos de regularización tributaria con efectos penales

Fermín Morales Prats

El paralelismo procedimental en la persecución del delito de defraudación tributaria

Juan Carlos Ferré Olivé

4. Delitos patrimoniales

A vuelta con el principio de proporcionalidad, de «non bis in idem» y la multirreincidencia en el delito de hurto: Análisis de la STS 481/2017, de 28 de junio

Carmen Salinero Alonso

5. Derecho penal del trabajo

Contextualizando el «Derecho Penal del Trabajo»

Antonio Baylos Grau

El empresario, principal sujeto obligado a garantizar un medio de trabajo seguro y saludable

Joaquín Aparicio Tovar

¿Existió alguna vez un verdadero Derecho penal del trabajo?

Manuel Jesús Dolz Lago

Derecho penal del trabajo en Colombia

Alfonso Cadavid Quintero

Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa?

Eduardo Ramón Ribas

Pesca ilegal y contratación de trabajadores extranjeros: la Sentencia Varepi

Inma Valeije Álvarez

Proxenetismo lucrativo: ¿una modalidad diferente de explotación laboral?

Beatriz Cruz Márquez

A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?

Ignacio F. Benítez Ortúzar

El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo

Fernando Navarro Cardoso

¡Se acabaron las mayorías absolutas parlamentarias! Una crónica política hacia la descriminalización del ejercicio del derecho de huelga

Rosario de Vicente Martínez

La conducta típica del delito de coacciones a la huelga (art. 315.3 CP)

Bárbara San Millán Fernández

La técnica de tipificación y su relación con la aplicación de los delitos que protegen la vida y la salud de los trabajadores

Cristina Méndez Rodríguez

Disfunciones del sistema judicial en el ámbito penal de la siniestralidad laboral

María Revelles Carrasco

La siniestralidad laboral como delito: consecuencias aplicativas

Rosa M. Gallardo García

Siniestralidad laboral y responsabilidad penal por delitos contra la vida o la salud cometidos en comisión por omisión imprudente en el ámbito empresarial

Carmen López Peregrín

La incidencia de la «nueva» imprudencia menos grave en la siniestralidad laboral

M^a José Cuenca García

6. El delito de inmigración ilegal y la trata de personas

El CP español como paradigma del Derecho de la «crimigración»

Diego Boza Martínez

Reconocimiento del derecho de asilo en España a mujeres víctimas de violencia de género

María del Rosario Gómez López

Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres humanos

María Luisa Maqueda Abreu

7. Protección penal del medio ambiente: luces y sombras

La red para la protección ambiental en el Código penal tras la reforma de 2015: los resultados típicos

Paz M. de la Cuesta Aguado

El medio ambiente y la necesidad de coordinación policial como medio de investigación

Antonio Vercher Noguera

Incertidumbre científica y certeza jurídica. La plasmación del Principio --medioambiental-- de precaución en Derecho penal

Mariana N. Solari Merlo

Protección penal del medio ambiente en la Unión Europea. Luces y sombras

Maria Marquès i Banqué

Compliance ambiental: aspectos esenciales, a la luz de la reforma penal de LO 1/2015, de 30 de marzo

Elena M. Górriz Royo

8. Ideología y valores religiosos en el Código Penal

Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados

Patricia Laurenzo Copello

9. Terrorismo y Derecho

El terrorismo global yihadista: ¿Límites a un derecho penal exagerado?

Juan Carlos Campo Moreno

Reflexiones sobre el terrorismo: del terrorismo nacional al terrorismo global

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

La dimensión política del terrorismo

Carmen Lamarca Pérez

Terrorismo: entre el derecho penal y la seguridad nacional

Antonio M. Díaz Fernández

Contraterrorismo

José L. González Cussac

Inteligencia y contrainteligencia en Chile. El monopolio de la violencia estatal frente al terrorismo y sus distorsiones

Myrna Villegas Díaz

Cristian Parada Bustamante

Reflexiones actuales sobre la lucha contra el terrorismo

Miguel Ángel Núñez Paz

Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal

María Luisa Cuerda Arnau

Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»

Juan Carlos Carbonell Mateu

Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos «Cesar Strawberry» y «Cassandra Vera»

Fernando Miró Llinares

De la prevención del blanqueo de capitales a la de la financiación del terrorismo

Patricia Faraldo Cabana

III. ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL

La reparación de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el Derecho Penal

Octavio García Pérez

Sobre los altos tribunales y la «mística» de la inmediación

Perfecto Andrés Ibáñez

Audiencias tempranas y justicia restaurativa en el campo penal juvenil en Costa Rica

Álvaro Burgos

Documento TOL6.932.365

Doctrina

Título: LIBER AMICORUM. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco

Autores: [Nicolás García Rivas](#), [Rafael Rebollo Vargas](#), [Raul Zaffaroni](#)

Fecha: 11/2018

Número epígrafe: 5

Título epígrafe: Capítulo 5. Peligrosidad social y Estado de Derecho

TEXTO:

5. Peligrosidad social y Estado de Derecho

A vueltas con el Derecho penal de la peligrosidad

Rafael Rebollo Vargas

Catedrático Acreditado de Derecho Penal

Universidad Autónoma de Barcelona

I. PELIGROSIDAD Y PROBABILIDAD DE LA COMISIÓN DE NUEVOS DELITOS

1. Los orígenes del concepto y su configuración en el Código penal vigente

Las primeras referencias a la peligrosidad con un significado conceptual similar al que empleamos en este momento hay que ubicarlas en el último tercio del S. XIX en el seno de la escuela positivista italiana, aunque no es infrecuente encontrar otras con orígenes muy anteriores ¹. Una de las mayores inquietudes de la escuela positivista italiana era la prevención del delito a través de una consecuencia jurídica distinta a la pena, dado que ésta se había mostrado ineficaz para combatir su incremento, así como la reiteración delictiva, por ello sustituyen el parámetro de la culpabilidad para determinar la cuantía y la clase de pena, por el de peligrosidad y por la medida de seguridad. A este respecto, se atribuye a GAROFALO el desarrollo del concepto al dotar de contenido jurídico a la *temibilità*, término que los psiquiatras utilizaban para incluir a los sujetos que consideraban anormales o que estaban próximos a esa situación. En todo caso, en ella distingue, por un lado, la «capacidad criminal», entendida como la perversidad constante y activa de un delincuente y «la cantidad de mal que en consecuencia se puede temer del mismo», esto es, la probabilidad de que un sujeto vuelva a delinquir, lo que, --en estos momentos-- podríamos denominar peligrosidad; y, por otro lado, la «adaptabilidad social del delincuente», que consiste en la capacidad de adaptarse al entorno social en el que se desenvuelve ². Luego, es evidente que el núcleo esencial de ese estado peligroso es la capacidad criminal (la peligrosidad), dado que la adaptabilidad social es un factor que contribuye a la readaptación del delincuente. Como se puede deducir sin mayores dificultades, las críticas a la denominada capacidad criminal y a ese juicio de pronóstico en torno a la probabilidad de que un sujeto pueda volver a delinquir son importantes; a pesar de todo, se trata de un elemento esencial que permanece en los textos donde se positivaban las medidas de seguridad, hasta el punto de que aún y con la importante reformulación de las medidas de seguridad en el Código penal vigente, la peligrosidad criminal continúa configurándose como uno de los elementos que fundamentan su imposición.

En efecto, en el art. 6.1 del Código penal la peligrosidad criminal se instituye como el soporte de cualquier medida de seguridad: «Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan...», circunstancia que se vuelve a poner de manifiesto en el art. 95.1.2º, donde expresamente se hace hincapié en un «...pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos», lo cual --tal y como prevé el texto-- se infiere del hecho y de las circunstancias personales del sujeto. En este sentido, no es demasiado aventurado traer a colación los riesgos que se desprenden de la emisión de un juicio de pronóstico sobre la

probabilidad que tiene un sujeto --inimputable o semiinimputable-- de cometer nuevos delitos; o, dicho de otra manera, se impone una medida de seguridad en atención a un juicio de probabilidad respecto a que alguien vuelva a delinquir, a pesar de que no existe la certeza de que vaya a perpetrar un nuevo delito.

Ahora bien, la conclusión es radicalmente distinta si partimos de la hipótesis de que la medida de seguridad se impone en atención al ilícito realizado no al que puede cometerse en el futuro. Se trata de una cuestión polémica ya que un sector de la doctrina aduce que la peligrosidad no puede radicar en el hecho previo mismo, sino que se fundamenta en la peligrosidad inminente de que su autor vuelva a cometer un delito³. He de convenir que a pesar de que se trata de un argumento sugerente no puedo compartirlo por dos razones distintas. La primera de ellas es que el propio art. 6.2 del Código penal dispone que la medida de seguridad se fundamenta en la peligrosidad criminal «*exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito*», esto es, esa peligrosidad reside en que el sujeto ya ha delinquido y reside en la comisión de ese ilícito, de modo que sólo cabe imponer la medida de seguridad cuando exista la probabilidad de que cometa otro delito.

En directa relación con lo anterior, ¿de qué delito se trata?, ¿de uno de la misma naturaleza o de otro distinto? Es más, si ese juicio de pronóstico es auténticamente complejo de establecer y presenta todas las incertezas inimaginables para poder constatarlo con objetividad, ¿acaso podemos pronosticar un delito potencial a cometer por un inimputable y que será de la misma naturaleza o gravedad del que ya ha cometido con anterioridad? Piénsese, sin ir más lejos, en unas lesiones, ¿la medida de seguridad a imponer se correspondería con el desvalor de esas lesiones o por el contrario la medida de seguridad puede tener una duración más prolongada en el tiempo?; esa persona ¿cometerá un delito contra la vida, contra la integridad física o uno contra la propiedad? A mi entender, el argumento de que la medida de seguridad se impone por la peligrosidad inminente de que el autor cometerá un nuevo delito es una conjetura que todavía añadiría más incerteza a la medida de seguridad. En segundo lugar, un argumento adicional que corrobora lo aquí sostenido es que el párrafo 2 del art. 6 prevé que la medida de seguridad no puede resultar más gravosa ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al *hecho cometido*, por lo que parece desprenderse del texto que la medida se impone por el ilícito cometido y no por la que el autor pueda llegar a cometer, de modo que el supuesto de hecho de la medida de seguridad no puede ser otro que la del ilícito cometido, y no del que pudiera cometerse en el futuro⁴. El criterio contrario --relativo a la imposición de la medida por la probabilidad de una nueva comisión delictiva-- perfila un escenario que no es demasiado alentador, ya que si tenemos en consideración que la medida de seguridad implica en la mayoría de los casos una privación de derechos equivalente a la pena y de que en casi todas las hipótesis se ejecuta de forma sustancialmente idéntica a ésta, en el caso de que se impusiera por un ilícito que aún no se ha cometido y sobre el que existen sólo una previsión de que se llegue a perpetrar, podría contravenir las normas más elementales de seguridad jurídica⁵.

Un factor adicional que, creo, contribuye a esta situación de incerteza en relación al juicio de probabilidad de nueva comisión delictiva, es la de determinar cuáles son los criterios para objetivar la emisión de ese juicio. No es eso todo, piénsese en otro importante elemento a dilucidar: si la imposición de la medida de seguridad atiende a la peligrosidad del sujeto porque existe la probabilidad de la comisión de nuevos delitos, en buena lógica habría que cuestionarse si ésta ha de ser proporcional al delito cometido o, en su caso, si puede ir más allá: hasta el cese de la situación de peligrosidad del sujeto. Cuestión a la que, a mi entender, el Código responde, una vez más, con una claridad meridiana en el art. 6.2, aunque un importante sector doctrinal (infra II) se inclina por una interpretación que permite ir más allá de la duración que le correspondería a una medida que sea adecuada a la culpabilidad del sujeto⁶.

2. La determinación de la peligrosidad criminal

La determinación de la peligrosidad criminal es, pues, la clave de bóveda para la imposición de la medida de seguridad⁷. Circunstancia que ha de ser probada, ya que en otro caso no cabe acordarla; o, dicho de otra manera, las medidas de seguridad están sometidas a las garantías del Estado de Derecho y, por lo tanto, a las garantías propias del derecho de defensa entre las que, obviamente, cabe destacar la presunción de inocencia, de modo que el punto de partida es el de la presunción de no peligrosidad

para evitar con ello los «falsos positivos»⁸-. Por lo tanto, la medida de peligrosidad no puede presumirse, como tampoco puede hacerse con la culpabilidad, es más, debe acreditarse durante la causa y no puede atribuirse automáticamente⁹ -.

Una vez situado el punto de partida, el proceso para constatar la peligrosidad del sujeto pasa por dos momentos distintos. En primer lugar, por el diagnóstico de peligrosidad, esto es, la comprobación de la cualidad sintomática de que nos encontramos ante un sujeto peligroso y, en segundo lugar, por la realización de un juicio de pronóstico criminal, prognosis, que permitirá comprobar la relación entre dicha cualidad y el futuro criminal del sujeto¹⁰ -.

En esa primera fase de diagnóstico, cabe anticipar que la previa comisión delictiva no constituye un síntoma suficiente que nos permita concluir que todo autor de un delito es un delincuente potencial de futuro, sino que hay que considerar otros factores como la forma concreta de ejecución delictiva y el contexto en el que lo realiza, el tipo de delito, etc. Esto es, deben analizarse determinados elementos o circunstancias objetivas para constatar la personalidad del sujeto. Y, en segundo lugar, en la fase de prognosis se trata de emitir un juicio de pronóstico que atiende a la probabilidad de que el sujeto pueda cometer delitos en el futuro¹¹ -. La dificultad reside en este caso en determinar el método de prognosis criminal. Llegados a este punto me parece oportuno volver a incidir en que la medida de seguridad se fundamenta en la peligrosidad criminal exteriorizada en la comisión de un hecho delictivo. En otras palabras, la imposición de la medida resulta condicionada por la comisión del ilícito previo y sólo se impondrá cuando exista la probabilidad de que el sujeto cometa un nuevo delito en el futuro, es decir, la medida está en directa relación con el ilícito cometido y no por el que pudiera cometerse en el futuro.

Los métodos utilizados para emitir ese diagnóstico de probabilidad, como puso en su día de relieve VIVES ANTÓN¹² -, son de dos clases: el empírico-discursivo o científico (biológico, sociológico, psicológico --atendiendo al psicoanálisis, a la sociología individual y a la criminología sociológica--, además de las técnicas de pronóstico) y, por otro lado, los métodos intuitivos. Por razones obvias no voy a destacar las particularidades de cada uno de ellos ni tampoco las deficiencias que presentan, aunque sí quisiera resaltar que el método intuitivo es, en realidad, el prevalente en la mayoría de esos juicios de pronóstico aunque, como afirma el citado autor: «la aplicación de una medida de seguridad, sobre la base de una determinación intuitiva de la peligrosidad, corre el peligro de ser una apuesta sobre la libertad ajena. Y si es indudable que, en la vida, apostar es imprescindible, también parece claro que no todas las apuestas son legítimas»¹³ -; es más, en última instancia el juicio de pronóstico queda librado a la apreciación del juez¹⁴ -.

La doctrina, diría que prácticamente de forma unánime, manifiesta sus dudas acerca de los juicios de pronóstico sobre la peligrosidad, además de enfatizar sobre la inseguridad jurídico-penal que se desprende de ellas llegando, incluso, a poner en tela de juicio su compatibilidad con las garantías propias de un Estado de Derecho¹⁵ -. A pesar de ello, se realiza alguna interesante propuesta interpretativa para dotar a esos juicios de pronóstico de un mínimo de garantías que permita adecuarlos a las exigencias constitucionales. Así, SILVA SÁNCHEZ¹⁶ -, a pesar de advertir del riesgo que se deriva de ese juicio de pronóstico, advierte que se fundamentan en argumentos defensoristas de protección social, por lo que propone profundizar en la línea de dotarlas de un sistema propio de garantías, como serían la «necesidad, la adecuación, la subsidiariedad y la proporcionalidad». Reflexión con la que no puedo estar en desacuerdo. Sin embargo, a mi juicio, tales garantías ya están implícitas en las medidas de seguridad en cuanto que, éstas, gozan de las mismas que la ley penal y, en realidad, son las que se desprenden de una sanción penal en un Estado de Derecho, esto es, se trata de garantías inherentes a las propias medidas de seguridad que no tienen una relación directa con su fundamento. Otro tanto sucede con JORGE BARREIRO, quien abiertamente manifiesta sus dudas sobre la compatibilidad de las medidas de seguridad y las exigencias de certeza propias de un Estado de Derecho, para añadir que será posible compatibilizarlas con éste «cuando se proceda a un uso limitado de las medidas de seguridad, así como a un estricto control judicial sobre su cumplimiento y ejecución»¹⁷ -. Como en el caso anterior, se trata de una afirmación con la que no se puede estar en desacuerdo aunque, a la vez, creo que poco o nada tiene que ver con el juicio de pronóstico sobre la

peligrosidad de un individuo en relación a la probabilidad de una nueva comisión delictiva ya que, en realidad, se está refiriendo a las garantías del cumplimiento y ejecución de la medida de seguridad, esto es, a una garantía derivada del principio de legalidad penal como es la garantía en la ejecución. Llegados a este punto, creo que es preciso cuestionarse que si la peligrosidad de un sujeto no puede predecirse mediante la aplicación de métodos sostenibles desde la perspectiva del Estado de Derecho ¿acaso ello no implica poner en tela de juicio la legitimación del derecho de medidas? ¹⁸ Es más, abundando en lo anterior permítaseme traer a colación lo siguiente: imaginemos por un momento que un sujeto que actúa puntualmente bajo alguna de las circunstancias previstas en los arts. 20.1, o 20.2 del Código penal comete un delito grave y, en su caso, es absolutamente improbable que vuelva a cometer un nuevo ilícito, esto es, con un diagnóstico de peligrosidad nulo, pues bien, a pesar de lo que disponen los arts. 101 y 102 del Código penal --al igual que el 103-- en cuanto a la aplicación de las medidas de seguridad que consistan en la privación de libertad y su referencia a sólo «si fuere necesario», ¿acaso no se puede afirmar con una probabilidad rayana en la certeza que se le impondría una medida de seguridad? Creo que la respuesta no admite ninguna duda y que atiende a criterios de aseguramiento no terapéutico. La decisión estaría presidida por razones de «merecimiento» para imponer una medida aunque no exista «necesidad» de ella.

3. El tránsito de las medidas de seguridad: del garantismo al Derecho penal de la peligrosidad

Los discursos relativos al reforzamiento de la seguridad en detrimento de los derechos individuales del individuo (y más si éste es alguien a quien cabe calificar como «*delincuente*»), responden a una tendencia cada vez más consolidada que entiende el reforzamiento de las penas como uno de los instrumentos más eficaces, cuando no el único, para luchar contra la criminalidad y, en particular, contra la peligrosidad del autor cuando la pena ajustada a la culpabilidad resulta insuficiente ¹⁹. En nuestra doctrina hay autores que suscriben la idea del interés social preponderante, esto es, que las medidas de seguridad y de corrección estarán legitimadas siempre y cuando las necesidades públicas de seguridad frente a la peligrosidad criminal del delincuente sean más importantes que sus derechos individuales ²⁰, a otros que, yendo más lejos, para determinados supuestos excepcionales --aluden--, a que cuando la peligrosidad de una persona suponga una «*amenaza inminente, grave y suficientemente concreta y probable (no siendo bastante la mera posibilidad)*», entienden que la intervención coactiva estaría amparada por el «*estado de necesidad (defensivo)*», para conjurar con ello el peligro inherente de esas personas lo que, obviamente, podría legitimar su privación de libertad ²¹. Esa revitalización del derecho de la peligrosidad genera, como pone de relieve DÍEZ-RIPOLLÉS ²², dos consecuencias. La primera de ellas es la de poner en tela de juicio la restricción en nuestro ordenamiento a la imposición de medidas de seguridad --hasta ahora-- a inimputables y semiimputables; y, por otro lado, el respeto al principio de proporcionalidad en la imposición de las medidas de seguridad, cuestión a la que nos referiremos más tarde.

Con respecto a lo primero, se afirma que nuestro país no puede ser un istmo frente a la desprotección ante determinados delincuentes peligrosos, a lo que se añade que no existe ningún mecanismo que permita «*neutralizar o minimizar una peligrosidad criminal grave*», cuando ésta subsiste una vez se ha cumplido la pena de prisión ²³, o, en términos más pragmáticos, algún autor sostiene que la constatación de la peligrosidad subsistente tras la condena debería dar lugar a un «*aseguramiento cognitivo adicional*», para evitar con ello que aparecieran en nuestro país defensores de fórmulas más radicales presididas por criterios de oportunidad y bajo el impacto emocional de algún caso con consecuencias dramáticas ²⁴. Sin embargo, de acuerdo con ALONSO ²⁵, los argumentos que aluden a la existencia de una demanda social en esa dirección o a que con la admisión de alguna fórmula atenuada sería factible neutralizar reacciones más radicales que, en definitiva, podrían suponer una mayor vulneración de garantías, no me parecen convincentes por sí mismos sino, simplemente, manifestaciones posibilistas que en realidad vienen a admitir --por vía indirecta si se quiere-- la imposición de medidas de seguridad predelictuales a los delincuentes habituales peligrosos; sin que ello, a la vez, suponga descartar que esa denominada «*demand social*», a la que parece que se le otorga una cierta primacía, pueda en el futuro reclamar cualquier cosa que, con esos mismos argumentos, debería ser también aceptada; no obstante, lo que creo más discutible, aún, es que se hagan constantes referencias al derecho comparado como un argumento adicional para legitimar una opción que, a mi juicio, socava algunas de las garantías del Estado de Derecho. En este sentido, no es infrecuente que al estudiar las distintas opciones que se encuentran en el derecho comparado, algunos

de los autores que postulan la necesidad de introducir mecanismos de defensa ante los delincuentes habituales peligrosos, hagan referencia a la detención o custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) del Derecho penal alemán, como uno de las opciones sugerentes que podrían considerarse por el legislador español. Con independencia de su origen histórico, coincidente con el inicio del periodo nacionalsocialista en Alemania, es preciso poner de manifiesto que se trata de una medida de seguridad impuesta tras la pena y acumulada a ella. Originariamente, para justificarla se manejaban argumentos que no son desconocidos, como era el que atendiendo a la peligrosidad del sujeto se hacía necesario mantenerlo privado de libertad, incluso una vez que hubiera cumplido la pena de prisión por el delito cometido. Se trataba de una medida que se imponía con la finalidad de prevenir la futura peligrosidad del sujeto, esto es, de un autor que resultaba peligroso para la colectividad « *por razón de una propensión a cometer hechos delictivos de importancia* » ²⁶.

Es más, la reafirmación defensiva en los países anglosajones es más que evidente. Una muestra de ello es la proliferación legislativa en una buena parte de estados norteamericanos de internamientos por tiempo indeterminado en delitos contra la libertad sexual; aunque, no sólo en ellos, ya que las leyes relativas a los « *three strikes* » (« *three strikes and you're out* »), incluso ante la criminalidad menor, son frecuentes como medida contra la tolerancia cero ante el delito, con el conocido efecto del apartamiento del delincuente de la sociedad; por otro lado, no puede pasar desapercibido la creciente difusión de las teorías de la inocuización selectiva, cuyo objeto es la individualización de un número pequeño de delincuentes a quienes se identifica como los responsables de la mayor parte de los delitos, de modo que su inocuización tendrá como efecto inmediato una disminución considerable de hechos delictivos. Aunque, como decía al inicio, la muestra más palpable del denominado « *retorno a la inocuización* » ²⁷, es el tratamiento que reciben los delincuentes sexuales en Estados Unidos, de la que es pionera el Estado de Washington con su « *Sexual Violent Predator Act* », de 1990, mediante la cual el delincuente que es considerado peligroso, una vez que ya ha cumplido la pena se le impone una medida de seguridad posterior --en realidad, se trata de un internamiento civil--, para el que sólo se precisa que haya cometido un delito sexual violento (no es necesaria la habitualidad ni el que haya perpetrado otro delito sexual en el pasado), que haya afectado --al menos-- a dos víctimas y que exista un pronóstico de reincidencia en el futuro. Si concurren esos requisitos el internamiento --de duración indeterminada-- se ejecuta con posterioridad a la pena privativa de libertad, por lo que el sujeto permanecerá internado hasta que deje de ser un peligro para la comunidad. Legislación que lejos de ser puntual se ha ido extendiendo por la mayoría de los estados norteamericanos en términos semejantes ²⁸.

En todo caso, una de las piedras angulares de esos sistemas gravita sobre el discutible diagnóstico de « *propensión* » o de « *tendencia* » a la peligrosidad de un individuo que se emite por sujetos --en ocasiones-- mediatizados por unos « *pánicos morales* » ²⁹, que, ante el riesgo de un diagnóstico incierto, no dudarán en inclinarse por certificar la peligrosidad del sujeto. Como afirma BRAUM, el principio de *in dubio pro reo* es sustituido por el *in dubio pro securitate* ³⁰. Otra cosa distinta, como señala DÍEZ-RIPOLLÉS, es que se pueda demostrar la efectividad y la eficacia que estos modelos de seguridad afirman que aportan. Es posible, como pone de manifiesto el citado autor, que, aún, sea injusto identificar estas propuestas con enfoques totalitarios, aunque, personalmente, no me cabe duda de que están presididas por un planteamiento que supone la exclusión de colectivos que no son los más favorecidos. En ese mismo sentido, me parecen particularmente desafortunadas las conclusiones que desprenden de la criminalidad común, a la que convierten en uno de los factores esenciales de desestabilización política y social y a los que, por otro lado, focalizan como uno de sus objetos básicos de intervención penal ³¹.

II. LA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD

En este caso, no es aventurado afirmar que el debate que se suscita entorno a la proporcionalidad de la medida de seguridad es tan vivo como el precedente (Supra I.1) ³². En síntesis, y como tendremos ocasión de ver seguidamente, el debate gira entorno a la conveniencia de mantener en sentido estricto la proporcionalidad de las medidas de seguridad a la duración que resultaría por la aplicación de la pena en abstracto o, desde otro criterio, se aborda la conveniencia de que la duración de la medida de seguridad atienda a la peligrosidad del sujeto y, en este caso, a su cese sólo cuando remita la situación de peligrosidad, con lo cual podríamos encontrarnos ante medidas absolutamente indeterminadas o, algún otro autor, asumiendo ese mismo punto de partida adopta una posición más

matizada y aboga por la posibilidad de establecer algún límite a la duración de la medida, pasado el cual debe asumirse el riesgo de la puesta en libertad del sujeto, aunque esa puesta en libertad debe ir rodeada de otras medidas de seguridad no privativas de libertad ³³.

En efecto, el art. 6.2 establece dos límites a las medidas de seguridad, y es que éstas no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena aplicable en abstracto por el hecho cometido (limitación que más adelante se corrobora en los arts. 101 a 104). Luego, el objeto de discusión gira alrededor de dos cuestiones polémicas, una es la gravosidad y la otra es la duración de la medida. En este momento me interesa en particular la problemática que se suscita en torno a la proporcionalidad, dado que es una de las consecuencias del art. 101.1: «el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad». Vaya por anticipado que la discusión sobre la proporcionalidad de la medida de seguridad no tiene su origen en el tratamiento que le dispensa el actual Código penal, sino que ha sido objeto de debate en todos los textos y proyectos anteriores de Código penal vigente. Es más, la regulación prevista en la LPRS así como en el Código penal anterior posibilitaban la aplicación de las medidas de seguridad de duración indeterminada y, ya fuera de una u otra forma, en los trabajos previos al texto actual se habían establecido limitaciones temporales a la duración de la medida para acotar la indeterminación anterior ³⁴.

El Proyecto de Código penal de 1980 tras una sucesión de Borradores y Propuestas que ya desde entonces suscitaron un intenso debate ³⁵, establece la proporcionalidad de las medidas en su art. 133: a la «peligrosidad por el hecho cometido y la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer». Más tarde la PANCP de 1983, en su art. 88.1 dispone la proporcionalidad de las medidas en relación con la peligrosidad: «A la peligrosidad criminal del sujeto y la gravedad del hecho cometido y de los que sea probable que pueda cometer». Sin embargo, los antecedentes inmediatos de la actual regulación de las medidas de seguridad se corresponden con el Anteproyecto de 1992 y el Proyecto de 1994, en los que, respectivamente, en el art. 4.2 se disponía que «las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido», mientras que en el Proyecto de 1994 el inciso «ni de mayor duración» se introduce en el correspondiente trámite parlamentario que, finalmente, se convierte en el texto actualmente vigente (art. 6.2) ³⁶.

En síntesis, las posiciones sobre la duración de las medidas de seguridad postulan criterios que me atrevería a calificar como irreconciliables. Por un lado, un importante sector doctrinal afirma que si el fundamento de la medida de seguridad es la peligrosidad del sujeto, y dado que ésta es un estado que perdurará durante más o menos tiempo, la duración de la medida no ha de ser necesariamente proporcional a la gravedad del delito cometido sino a la peligrosidad del sujeto y a la gravedad de los delitos que éste pudiera cometer en el futuro, por lo que la sentencia que se imponga debería ser temporalmente indeterminada para que la medida de seguridad continúe vigente hasta que no cese la situación de peligrosidad en la que se encuentra el autor: la medida ha de durar tanto como el estado de peligrosidad ³⁷. Añadiéndose, además, un reproche al legislador por no haber previsto un supuesto que contemple la imposición de una medida de seguridad para «los delincuentes habituales de peligrosidad grave» ³⁸. Se trata, es cierto, de una propuesta a la que algún autor le introduce criterios limitadores como es el caso de que éstas sean sometidas a un control periódico y a revisión, o, incluso, se tratan de tamizar insistiendo en que a pesar de la indeterminación temporal deberían de tener un límite máximo que puede fijarse en atención a lo que habitualmente suele durar el tratamiento que precisa el sujeto en casos semejantes y, a la vez, añadir que la duración de la medida podría acortarse a la vista de los resultados obtenidos ³⁹. Sin embargo, me llama particularmente la atención que alguno de los autores partidarios de esta opción manifiesten, a su vez, las dudas que les suscita la compatibilidad de las medidas de seguridad con los principios derivados del Estado de Derecho, ya que su naturaleza temporalmente indeterminada --a pesar de que se adicionen límites cronológicos referidos al tratamiento curativo o a la corrección del sujeto-- puede suponer una vulneración del principio de legalidad ⁴⁰; o, MAZA MARTÍN, quien al reflexionar sobre esta cuestión y referirse a la propuesta contraria presidida por la proporcionalidad en la duración de la medida de seguridad, entiende que se trata de un planteamiento que viene presidido por «loables intenciones garantistas plenamente justificadas en reprochables antecedentes...», a pesar de lo cual se reafirma en esta opción al considerar que lo contrario supondría un contrasentido insalvable entre «la

naturaleza y el fundamento de la medida de seguridad...y la aplicación sometida a unos límites ajenos por completo a los intereses de la finalidad terapéutica»⁴¹ —. Como es fácilmente imaginable, las críticas a esta propuesta son realmente trascendentes, en este sentido, permítaseme traer a colación una afirmación realizada por GONZÁLEZ RUS⁴², que comparto, en el sentido de que «la defensa social no puede prevalecer sobre los derechos individuales», a lo que, añade, debe primar el aspecto garantístico de las medidas, dado que ésta supone la privación de derechos fundamentales del sujeto «y cuya ejecución práctica comporta inevitables contenidos sancionadores». Afirmación a la que se le puede añadir que las garantías propias del Estado de Derecho son irrenunciables. Una de ellas, es la seguridad jurídica.

En sentido contrario al anterior, y en este caso, partiendo del presupuesto de dotar de las máximas garantías a las medidas de seguridad para evitar con ello los excesos en la intervención estatal así como de la práctica judicial, el Código penal adopta --como hemos visto-- un criterio distinto, en el que se objetiva la proporcionalidad en la medida al referirla a la comisión del delito cometido. Atiende a una formulación del principio de proporcionalidad que viene presidido por razones de seguridad jurídica, a la garantía objetiva por el hecho cometido, no a la futura peligrosidad del autor del delito; en suma, la duración de las medidas no puede rebasar la pena que le correspondería al delito realizado. Criterio que es el finalmente acogido en el art. 6.2 del Código penal y que viene a concretarse en el art. 95.2 al excluir la posibilidad de aplicar medidas de seguridad privativas de libertad cuando el hecho no esté castigado con esa sanción. Conclusión que se infiere al partir del presupuesto que pena y medida de seguridad son, ambas, consecuencias de un hecho antijurídico, esto es, la medida de seguridad es consecuencia de un ilícito que le sirve como presupuesto, como es el caso de la pena; luego, si pena y medida son respuestas jurídicas que tienen origen en la comisión de un delito, «su gravedad y duración han de ser necesariamente semejantes»⁴³ —.

Es cierto, se aduce, que hay ocasiones en las que la aplicación de una medida de seguridad en relación con un ilícito cometido puede suponer una pena leve que atienda a la gravedad del delito, aunque, a la vez, puede revelar una potencialidad delictual futura grave o, por otro lado, una tendencia a la reiteración delictiva. La pregunta es evidente, ¿en aras del defensismo social cabe aplicar una medida de seguridad que no atendiera a la gravedad del hecho cometido sino a esa potencial peligrosidad de futuro? Ya hemos visto los riesgos que representa la determinación de la peligrosidad como juicio de pronóstico de un comportamiento delictivo futuro, pues, añádasele a esa incerteza intrínseca al concepto de peligrosidad criminal --insisto, con todas las dudas que suscita como fundamento de las medidas de seguridad-- el hecho de imponer una medida de seguridad que no sea exactamente proporcional con la entidad del ilícito cometido, esto es, que a pesar de los factores de corrección que se le pretendan establecer sea materialmente indeterminada. Creo que del Estado de Derecho se derivan una serie de garantías irrenunciables, y la seguridad jurídica es una que, en ningún caso, puede ser sacrificada en aras de un discutible proteccionismo social cuando ello significa la afección de derechos fundamentales. Y, por otro lado, no se olvide que esa posibilidad de reiteración delictiva es también una eventualidad que no sólo cabe atribuir a los inimputables sino, también, a los sujetos plenamente responsables, por lo que no hay razón para dispensarles un tratamiento diferenciados a unos y a otros en atención a esa potencial reincidencia del inimputable a la que se alude⁴⁴ —.

Téngase en cuenta que legitimar la intervención penal por la potencial peligrosidad de un inimputable por los delitos que se estima que puede volver a cometer, a pesar de que ya ha cumplido una medida por el ilícito cometido, supone volver a recurrir al Derecho penal para prestar atención a un sujeto que padece determinados trastornos cuando son otras las instancias las que correspondería procurar ese tratamiento⁴⁵ —. A ese respecto, QUINTERO OLIVARES señala que sería un grave retroceso el que se tratara de resolver ese problema destruyendo *de facto* lo que tanto tiempo ha costado alcanzar : «la evitación de que la condición de inimputable se traduzca en mengua de derechos y garantías, y eso sería lo que sucedería si el derecho penal tuviera que ser utilizado para cubrir lagunas de otros sistemas de reacciones», lo cual supone desviar la atención --añade-- del centro del problema, que, en ese caso, cabe situarlo en la eficacia o en la ineficacia de la incapacitación promovida por la propia familia o por el Ministerio Fiscal a partir de la comisión de un hecho delictivo por nimio que este sea⁴⁶ —.

Ahora bien, el escenario hasta ahora presentado ha experimentado una alteración en la que, en este momento, no me puedo detener. En efecto, el sistema de las medidas de seguridad en el Código penal

español *ha sufrido* --creo que esa es la expresión más adecuada-- un cambio más que notable, a pesar de que el Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, consideraba que se había limitado a una «leve reordenación del Título IV del Libro Primero del Código penal», al comentar la introducción de la libertad vigilada como una nueva medida de seguridad. Medida que, como es sabido, ahora se concibe como no privativa de libertad pero cuyos destinatarios son tanto los inimputables como los sujetos plenamente responsables. Se trata de una decisión político criminal que opta por prescindir del límite de la culpabilidad (en el caso de los imputables) para prever la imposición de medidas de seguridad, ya que considera que algunos de sus destinatarios son sujetos que manifiestan una potencial peligrosidad criminal. Como observa ZUGALDÍA ⁴⁷, se trata de una formula propia del Derecho penal de enemigo (refiriéndose a los *delincuentes extraordinariamente peligrosos y de tendencia*) que se concreta en la admisión de una medida de seguridad que se impone tras la pena como consecuencia de dar preferencia a la peligrosidad del autor sobre su culpabilidad. Medidas que no están dirigidas al tratamiento, la reeducación o la reintegración social, sino que en la mayoría de los casos se trata de medidas de carácter prohibitivo o impositivas de determinados mandatos ⁴⁸.

Los disfraces de la peligrosidad (la pena del delito común contra la propiedad) ⁴⁹

Raúl Zaffaroni

Profesor Emérito

Universidad de Buenos Aires

I. OBJETO E HIPÓTESIS

La culpabilidad es el conectivo entre el injusto y la pena y, por ende, el concepto más *esencialmente penal* de la teoría del delito, donde ninguna otra rama del derecho puede acudir en ayuda del penalista, salvo el constitucional, que las nutre a todas.

En los últimos años, si bien se afirma casi con unanimidad que *la pena debe tener la medida de la culpabilidad*, el concepto de culpabilidad se dispersa en múltiples acepciones, lo que muestra el desconcierto de la doctrina penal.

No pretendemos en el reducido espacio de una exposición detallar estos ensayos conceptuales, sino sólo sobrevolarlos con el objeto de verificar las hipótesis de que todos ellos configuran diferentes esfuerzos constructivos que tienden a (a) disfrazar de *culpabilidad* a la vieja *peligrosidad positivista* (b) o a conceptos con pareja funcionalidad policial; (c) constatar que esta discusión adquiere relevancia práctica casi por entero en los casos de reiteración de *delitos contra la propiedad*. Por último, (d) nos planteamos si es posible compatibilizar la culpabilidad con la ética, al menos en cierta medida.

II. LA CUESTIÓN PROVIENE DE LA EDAD MEDIA

La pena conforme a un reproche personal formulado a un sujeto con autonomía moral, es una idea que se remonta a los *primeros penalistas (glosadores y prácticos)*, en contradicción con los *demonólogos* que reclamaban penas duras para las brujas por su *peligrosidad policial*, pese a que según la misoginia de la época, que las consideraba menos inteligentes que el hombre, merecían menor reproche. Por ende, la contraposición de culpabilidad y peligrosidad no es nada nuevo, sino casi milenario.

III. EL POSITIVISMO RETOMA LA TESIS DE LOS DEMONÓLOGOS

Desde fines del siglo XIX y hasta bien entrado el siglo pasado reinaba el *positivismo penal*, que resultaba de la *coalición de médicos y policías*, con el marco teórico del reduccionismo biologista en versión *spenceriana* o sea, del *racismo colonialista*, para el cual los delincuentes eran seres inferiores parecidos a los colonizados. La pena debía ser medida por su proclividad al delito, llamada *peligrosidad*, fijada por sus médicos y jueces con neto criterio de orden policial y moralino, propio de la burguesía europea de la *Belle Époque*. El juez era una suerte de *leucocito que debía eliminar las células infecciosas del cuerpo social*.

IV. LA CONFUSIÓN CREADA POR EL POSITIVISMO DE VON LISZT

Cuando la versión italiana del positivismo racista *spenceriano* (Ferri) se opacó, parte de Europa continental y toda Latinoamérica importaron de Alemania la dogmática penal. El primer autor que trajeron fue Franz von Liszt, que era un *positivista matizado* (con tintes autoritarios), que medía la pena por *peligrosidad* para los *ocasionales*, pero pedía reclusión indeterminada para los *habituales*, es decir, para ladronzuelos.

Von Liszt creó confusión al llamar *culpabilidad* a lo que hoy es el tipo subjetivo, como vínculo de *causalidad psíquica* entre la voluntad y el resultado, en forma de dolo y culpa. Este curioso bautismo escondía que en realidad von Liszt *suprimía la culpabilidad de la teoría del delito*. Se conoció como

teoría psicológica de la culpabilidad y dio lugar a disputas interminables, que hoy son curiosidades históricas.

V. VUELVE LA FORMA ÉTICA TRADICIONAL CON FRANK

Con la llamada *teoría normativa compleja* de Frank la culpabilidad recuperó su forma de reproche personal, que lo retomaba de la *ética tradicional* (Aristóteles, San Agustín, Santo Tomás, Kant, Hegel), como corresponde a su etimología germana (*Schuld, deuda*, igual que en la versión antigua del *Padre Nuestro*), aunque conservando en su contenido al dolo y la culpa, o sea, que en el juicio de reproche incluía también al objeto reprochado. En un paso más adelante, Helmuth von Weber, el Graf zu Dohna y especialmente Hans Welzel, pasando el dolo y la culpa al injusto, dando lugar a la *teoría normativa homogénea* de la culpabilidad.

Desde Frank el derecho penal rescató de la ética tradicional *la forma pero no el contenido*, porque la *selectividad estructural* del poder punitivo no es para nada ética. Como es imposible separar radicalmente la forma del contenido, la recuperación de la mera forma chocaba contra la legitimación ética de la selección policial criminalizante.

VI. LA DISFUNCIONALIDAD POLICIAL DE LA CULPABILIDAD

La disfuncionalidad policial se manifestaba en que serían menos reprochables los más pobres (menos espacio social) y los habituales y reincidentes (el hábito reduce el espacio de elección), o sea, que *los peligrosos policialmente serían los menos culpables penalmente*. Se volvía a plantear el problema que provenía del Medioevo.

VII. SE INVENTA LA DOBLE VÍA: PENAS POR PELIGROSIDAD

Al tiempo que se preguntó si el reproche debía ser formulado conforme a la psicología individual o según un estándar de exigibilidad (Freudenthal), se decidió dar refugio a la *peligrosidad* mediante el *cambio de nombre a algunas penas* (*medidas de seguridad*) (Stooss y sus proyectos suizos), lo que se denunció como *embuste de las etiquetas* (Kohlrausch).

La peligrosidad, sacada por la puerta de la teoría del delito, volvía por la ventana sobre los *no delincuentes* (inimputables) y se extendía a los *medio delincuentes* (semi-imputables), pero como eso no era suficiente conforme a los reclamos policiales, se dispusieron también *medidas* (penas largas indeterminadas) contra los *habituales* (proyectos y reforma penal alemana de 1933 y código Rocco de 1930), resucitando las penas de *galeras* y la *relegación* francesas e inglesas. Esta es la famosa *doble vía*, que tanto ha dado que hablar.

VIII. EL JUEZ OMNIPOTENTE: CULPABILIDAD POR LA CONDUCCIÓN DE VIDA

No conforme con este regreso, se planteó una reformulación del propio concepto de culpabilidad apelando a la misma ética tradicional (Mezger). Así se propuso que el reproche no se limitase al ámbito de decisión para el acto, sino a *toda la elección existencial del sujeto*, como *culpabilidad por la conducción de la vida*, generalizando la *actio libera in causa* conforme a la ética aristotélica, pero olvidando que Aristóteles no estaba limitado por la legalidad típica (que estaba suprimida en ese momento). Se propugnaba de este modo, una suerte de *juicio final en la tierra*: el juez pasaba a ser un Dios juzgador de toda la vida del ladrón.

IX. CULPABILIDAD DE AUTOR Y PERSONALIDAD

Otro de los caminos ensayados, volvía también al *derecho penal de autor* mediante el *reproche a su personalidad o carácter*, como otra máscara de la vieja peligrosidad policial: cuanto más inherente a la personalidad era la conducta delictiva, mayor era el reproche que se le formulaba al autor (Sauer). Se llegó a proponer *dos culpabilidades*: una para reprochar *el acto* y otra para *cuantificar la pena*, la primera *de acto* y la segunda *de personalidad* (Bockelmann). Hasta hoy se propugna una confusa *teoría combinatoria* de ambas.

X. ETIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

Una variable la ofreció la llamada *etización moderada* del derecho penal, que presume que los tipos penales importan una *exigencia ética mínima* en la sociedad y, por lo tanto, lo reprochable es la medida en que el sujeto omitió el *esfuerzo necesario para vencer las pulsiones* a la violación de mandatos éticos elementales (Welzel). Además de otras consideraciones (no todos los delitos obedecen a motivaciones inmorales), es insostenible ante la actual inflación desordenada de tipos penales (cuya banalización abarca conductas que muchas veces nada tienen que ver con la ética) y la obvia violación de la ética por parte del propio poder punitivo, debido a su creciente y ostensible *selectividad*.

XI. LA CULPABILIDAD COMO FICCIÓN NECESARIA

Ante el avance del *fisicalismo* en la posguerra y la discusión entre *determinismo e indeterminismo* (que se pierde en los tiempos), se propuso considerar que la culpabilidad se basa en una *ficción*

necesaria (Roxin), criterio que pasa por alto que *ambas son posiciones inverificables* (pese a alguna apresurada lectura penal de los aportes de las neurociencias). Además, esta tesis se choca frontalmente con la *antropología jurídica constitucional*, pues de ella resultaría que *la democracia representativa y el Estado de derecho estarían asentados sobre una mera ficción*.

XII. SUPRESIÓN AUTORITARIA DE LA CULPABILIDAD

El recurso más extremo para resolver la contradicción de la culpabilidad con las demandas policiales, consistió en *prescindir directamente de la culpabilidad*, pero por una vía diferente a la de von Liszt.

El más notorio de estos intentos introdujo confusamente la *personalidad y el ánimo en el injusto*, dando lugar a un *derecho penal de voluntad*, que persigue como objetivo detectar la *disposición enemiga de la sociedad*, impuesta por una *pseudoética* creada por mandato político, para depurarla de sus *asociales disfuncionales al sistema comunitario*. Conforme a este objetivo, *los delitos serían omisiones de cumplimiento de esos mandatos pseudoéticos* y, de ese modo, el reproche se instala en la antijuridicidad, teniendo como objeto el escaso o nulo ánimo del sujeto para cumplir ese supuesto deber ético comunitario (Dahm y Schaffstein). Se quiso llamar a esto *teoría unitaria del delito*, pero no fue tal, sino una *confusa hipertrofia del injusto penal* convertido en *derecho penal de voluntad*, en base a una *radical etización arbitraria* de todo el derecho penal.

XIII. ¿CULPABILIDAD O PUNIBILIDAD?

En las últimas décadas y conforme a un planteo que toma elementos de la *sociología sistémica* (Luhmann), los combina con un *marcado normativismo* y cierra con *componentes idealistas* (Hegel), al tiempo que rechaza toda verificación empírica, se tiende a combinar y hasta identificar la culpabilidad con la punibilidad, lo que conduce a *otra forma de suprimir la culpabilidad con su formato ético tradicional*. La pena tendría por medida lo que fuese necesario para *renormalizar*, pero también ratificaría la vigencia de la norma y fomentaría la confianza en el sistema (Jakobs).

XIV. CO-CULPABILIDAD COMO COMPATIBILIZACIÓN CON EL CONTENIDO ÉTICO

En medio de estas disputas, se intentó compatibilizar la *forma ética* de la culpabilidad con el *contenido*, relevando la *diferencia de espacios sociales en sociedades estratificadas* (disparidad de oportunidades). Es la llamada *co-culpabilidad* (*Mit-Schuld*), que se remonta a Marat y del buen juez Magnon, según la cual la sociedad debe cargar con la parte del reproche que le incumbe por haber negado a un sujeto el espacio que dio a otros. Este ensayo de *reconciliación ética* se receptó tímidamente desde hace casi un siglo en algunos códigos (como el argentino).

XV. EN LA PRÁCTICA ESTA DISCUSIÓN NO SE REFIERE A DELITOS GRAVES NI MUY LEVES

Si bien en los textos de los penalistas estas discusiones suelen referirse y ejemplificarse con delitos de homicidio, sexuales, seriales, etc., lo cierto es que *en la práctica judicial esos crímenes graves nunca fueron un serio problema para los jueces*, pues en todos los tiempos ninguno de ellos dudó en habilitar para esos delincuentes *patibularios* la penas más graves, lo que --con cualquier fundamento teórico-- sigue haciendo hasta el presente. Pero *tampoco lo son los muy leves*, resueltos ahora con *probation*, condenación condicional, etc.

Si los libros acuden a esa ejemplificación aterradora, es porque pasan por alto que *el delito en general* es una creación de la teoría jurídica que ordena las preguntas acerca de todo hecho típico, a efectos de facilitar a los jueces decisiones racionales, pero ese *delito general* no existe en la realidad, pues cualquier víctima sabe que no lo es *del delito*, sino de robo, estafa, lesiones, hurto, daño, etc. En efecto: los tipos del código penal describen *hechos de entidad y desvalor social totalmente diferente*. Basta pensar que entre una violación y un libramiento de cheque sin provisión de fondos no cabe ninguna comparación en cuanto a gravedad, daño físico y psíquico, dolor de la víctima y reprobación social. Se diría que *lo único en común es que están descriptos en la misma ley*.

XVI. EL DELITO REITERADO CONTRA LA PROPIEDAD QUE COLMA LOS JUZGADOS

Los procesos que cargan los casilleros de todos los juzgados del mundo según señalan todas las estadísticas de sentencias, son por *delitos contra la propiedad* y, en segundo lugar, a veces por delitos de *tenencia y distribución minorista de tóxicos prohibidos*, que plantean el mismo problema al derecho penal y a los jueces: ¿Qué hacer con los delitos reiterados no muy graves? ¿Qué hacer con los delincuentes no muy dañinos, pero medio tontos y molestos? Estos procesos son *el pan nuestro de cada día* para cualquier juez de nuestro mundo cultural.

La delincuencia reiterada contra la propiedad (*rateros* y similares) es la que da lugar al eterno reclamo policial de *penas sin proporción con la culpabilidad*, frente a lo que el penalismo balbucea, trata de disfrazar a la peligrosidad de culpabilidad o de eliminar la culpabilidad y, en definitiva, cae

en la *Babel conceptual* que acabamos de sobrevolar. Toda esta abigarrada discusión teórica, en definitiva --malgrado los librescos ejemplos patibularios--, en la práctica judicial *cobra relevancia casi exclusivamente en la reiteración de delitos contra la propiedad* y, dependiendo del país, en delitos leves relacionados a tóxicos.

XVII. LA INSUFICIENCIA DE LA CO-CULPABILIDAD

Sin duda que la *co-culpabilidad* a que hicimos referencia fue un intento de compatibilizar *la forma y el contenido ético de la culpabilidad penal*, paliando las diferencias de oportunidades determinadas por la pertenencia de clase. Si bien reduce el choque contra la ética al tomar en cuenta la estratificación social, *no agota la consideración de toda la vulnerabilidad a la selección criminalizante*, que excede la mera pertenencia a una clase social.

En efecto: la *criminalización secundaria* se distribuye selectivamente por *estereotipos*, siendo la *clase social sólo uno de los componentes del estereotipo del delincuente o del peligroso*, pero no el único, puesto que éste se completa con labilidad personal, historia de vida, traumas y carencias prematuras, aspecto físico, caracteres étnicos, vestimenta, usos y hábitos adquiridos, orientación e identidad sexual, etc. Todo ese conjunto es lo que determina el estereotipo y la consiguiente *vulnerabilidad*, configurando el *status de estereotipado* y, por ende, de *vulnerable a la selección criminalizante secundaria*.

XVIII. ¿HASTA QUÉ PUNTO ES POSIBLE ETIZAR AL PODER PUNITIVO?

La pretensión de *etizar el derecho penal* es una regresión (más o menos grave según la intensidad) premoderna o *pre-iluminista*, que quiere reprochar su falla ética *al infractor*, cuando *el propio poder punitivo se comporta faltando a la ética*, en razón de su *selección por vulnerabilidad* (quien hoy está lejos del poder de las corporaciones transnacionales es vulnerable, pero el más cercano es impune). El poder punitivo *no está libre de pecado para arrojar la primera piedra*, y el derecho penal, justamente, debería esforzarse por *etizarlo*, y no por introducir confusiones y conceptos que disimulen sus pecados. ¿Pero hasta qué punto es posible una *etización del poder punitivo*?

El poder punitivo es un *hecho político* cuya selectividad aparece como característica *estructural y no accidental*. Si bien es posible reducirla, es un sueño cancelarla por completo. Quienes lo han pretendido teóricamente, acabaron por postular su abolición (Hulsman, Christie), lo que importa un nuevo y diferente modelo de sociedad y civilización, o sea, una transformación de la ética mundial que no se logrará desde el limitadísimo objetivo de la dogmática penal. En tanto, el poder punitivo --que goza de muy buena salud-- *nunca será por entero ético*. No obstante, *el esfuerzo por reducir la selectividad no sólo es válido, posible y ponderable, sino necesario*, puesto que se verifica que existen ejercicios de ese poder cuya selectividad es indignante, pero también otros mucho menos selectivos: no son lo mismo los pecados graves que los leves.

XIX. ESTADO Y SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

La culpabilidad y el reproche presuponen la *autodeterminación de la persona*, lo que no implica un indeterminismo (o *libre albedrío*) absoluto, porque no es humano (nadie dispone de un catálogo infinito de posibles conductas en cualquier constelación situacional). Además, semejante *imposible humano* implicaría la posibilidad de convertirse en otro y, por ende, no podría responsabilizarse a nadie (la persona que se juzga no sería la misma que cometió el delito). Pero tampoco los seres humanos se vinculan sin presuponer *cierto grado de autodeterminación*, lo que se verifica incluso en el propio uso del lenguaje. No obstante, los catálogos de posibles conductas son diferentes, según condiciones externas (sociales) y subjetivas (internas), no siendo racional un reproche que ignore estas diferencias de espacios de decisión.

El poder punitivo se expande como una infección, recayendo sobre los más *vulnerables*: el estafador común que vende la máquina de fabricar billetes a un incauto es criminalizado, pero los responsables de la gran estafa bancaria que determinó la crisis de 2008 y costó a los contribuyentes norteamericanos y europeos un billón de dólares --que podían dedicarse a fines más nobles y útiles--, no fueron criminalizados. Esto obedece a que *el primero presenta un alto grado de vulnerabilidad al poder punitivo y los segundos otro muy bajo o nulo*.

La vulnerabilidad reconoce un *estado y una situación*. El *estado de vulnerabilidad bajo o alto* de una persona es el *status de vulnerabilidad* al que nos hemos referido antes. No es éticamente correcto reprochar ese estado, cuando vivimos en sociedades estratificadas, prejuiciosas y que padecen injusticias sociales. No obstante, sólo muy pocos entre quienes comparten el mismo estado de vulnerabilidad son criminalizados, o sea que *algo deben hacer para alcanzar la concreta situación de vulnerabilidad* en que recae sobre ellos el poder punitivo.

XX. ¿QUÉ SE DEBE REPROCHAR?

Lo éticamente correcto sería reprochar sólo ese *algo* que la persona hace para alcanzar la concreta situación de vulnerabilidad, o sea, el *esfuerzo que realizó para llegar a la situación de vulnerabilidad*.

Este esfuerzo será mucho mayor cuando la persona parta de un estado muy bajo de vulnerabilidad al poder punitivo (un financista estafador en gran escala, por ejemplo), y será muy bajo cuando parta de un estado de vulnerabilidad relativamente alto (hay personas a las que casi les basta con salir a la calle, por ser portadoras del estereotipo de ladronzuelo).

XXI. ¿QUÉ SE PUEDE REPROCHAR?

Pero el esfuerzo por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad *no sólo es lo que debe reprocharse conforme a la ética, sino que también es lo único que se puede reprochar en el plano fáctico*. En efecto: el derecho penal se teoriza con el objetivo práctico de que se aplique por los jueces, y éstos tienen un mayor espacio para filtrar menos poder punitivo cuando ese esfuerzo ha sido menor y, por el contrario, carecen del mismo espacio cuando el esfuerzo ha sido mayor.

El juez, en una sociedad más o menos democrática, sin temor a ser estigmatizado y linchado mediáticamente, puede habilitar una pena menor a un *ratero*, pero no goza del mismo arbitrio de decisión si se trata de un financista al que se le haya retirado la cobertura por violar las reglas vigentes entre los grandes delincuentes de las corporaciones transnacionales, como en el escandaloso caso de Bernard Madoff.

Por ende, *el reproche al esfuerzo por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad, no sólo es éticamente más correcto, sino que también es lo único posible y exigible en el espacio de decisión de los jueces*. Dicho más claramente, el reproche de ese esfuerzo, no sólo es más acorde a la ética, sino que también es lo único posible para los jueces.

XXII. EL REMANENTE CONTRARIO A LA ÉTICA

De cualquier manera, no creamos con esto que hemos dado a la culpabilidad un contenido por completo acorde a la ética, porque eso es imposible, dada la antes señalada *selectividad estructural* del poder punitivo.

En efecto: el financista delincuente seguramente también tuvo colaboradores, instigadores, cómplices y encubridores que casi nunca son todos alcanzados por el poder punitivo. Con toda razón podrá dirigirse al juez y decirle *¿Por qué a mí y no a los otros?* El derecho penal y el juez sólo podrán responder *porque no podemos, no tenemos espacio fáctico ni político para hacer otra cosa*.

Hemos salvado la culpabilidad penal --y a la condición de persona con conciencia moral-- dentro de lo posible y, en esos límites proponemos compatibilizar su forma ética con su contenido (avanzando un paso más allá de la *co-culpabilidad*), mediante la limitación del *reproche al esfuerzo personal por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad*. El remanente antiético será menor, pero no por eso podemos cancelarlo totalmente, porque lo impide la estructura misma del *hecho político del poder punitivo*. De cualquier manera, es indispensable reducirlo, aunque sepamos que el remanente siempre será parte inevitable de la *mala conciencia del penalista*.

Los «anormales» y su discriminación penal

Nicolás García Rivas

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Castilla-La Mancha

Casi estoy tentado de comenzar este artículo en homenaje a mi compañero y amigo Juan Terradillos evocando el consabido «un soneto me manda hacer Violante», donde el encargo me llega de mis compañeras del Departamento de Derecho penal de la Universidad de Cádiz y de su «corresponsal» en Cantabria, mi compañera Paz de la Cuesta. A Cádiz le acompañé hace 30 años en el comienzo de su peregrinaje hacia el sur, donde ha sabido sembrar y cosechar Derecho penal a raudales. Quienes hicimos aquel viaje por la noche en un antiguo tren expreso no olvidamos aquellos días en Jerez, acompañando a Juan.

En mi caso, además, Juan había sido profesor y compañero mío en la Complutense, un comienzo de mi carrera académica que --al cabo de los años y recordando las vicisitudes de aquel Departamento-- voy a calificar benévolutamente de «pintoresco». Y de todo lo que allí aprendí (que fue mucho y de todos los que lo integraban), de Juan en particular me llegó su compromiso férreo con la defensa de los más débiles, ya fuera desde un punto de vista social o personal. Su tesis doctoral sobre la *Peligrosidad y el Estado de Derecho* constituía un sólido compromiso por abrigar a esos sujetos con las mismas garantías que al resto de los ciudadanos, cosa que no ocurría por aquel entonces, regidos como estábamos todavía por una Ley de peligrosidad y rehabilitación social franquista aplicable a los adultos y por una Ley de Tribunales Tutelares de Menores que escondía bajo esa falaz denominación

una represión pura y dura contra los menores de 16 años y en la que las garantías brillaban por su ausencia por tratarse (oficialmente) de un régimen de tutela. Años después, el Tribunal Constitucional obligaría a someter ese espacio del Derecho penal a las garantías intrínsecas del proceso penal (STC 1991), generando con ello una transformación radical del tratamiento del Derecho penal juvenil en nuestro país. En paralelo, el mismo Alto Tribunal depuró a mediados de los años 80 la legislación sobre medidas de seguridad, enviando al baúl de la historia aquella Ley franquista de 1970, vulneradora de los más elementales derechos, al asignar medidas de seguridad a *sujetos* como los vagos habituales o los homosexuales, situados en aquel esquema de valores fascistas y clericales en las antípodas del modelo de ejemplo social.

I. LA NUEVA DEFENSA SOCIAL Y EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Una de las conquistas fundamentales del Derecho penal posterior a la II Guerra Mundial es, sin duda, el arrostramiento del perfil totalitario que se manifestaba en la legislación penal racista y vulneradora del principio de igualdad y de la propia dignidad humana. La inclusión en la Ley Fundamental de Bonn de una garantía de máximo rango respecto de ésta («*la dignidad humana es inviolable*») debía repercutir en el sistema penal mediante el reconocimiento de las garantías inherentes al Estado democrático de Derecho. En el terreno de las medidas de seguridad, la Sociedad Internacional de Defensa Social reorientó los postulados máximos de la Escuela positiva proclamando en su Programa la necesidad de garantizar siempre los derechos fundamentales del ciudadano, por mucho que la fundamental tarea de protección de la sociedad contra la criminalidad deba realizarse a través de medios pre y post delictivos. En lo que atañe al tema que nos ocupa ahora, es importante destacar que propugnó la transformación del sistema penal dualista (penas y medidas como vías alternativas) por un sistema «de única reacción social frente al hecho criminal», propugnando al mismo tiempo la previsión de la discrecionalidad judicial necesaria para elegir el instrumento sancionador más idóneo

en cada caso ⁵⁰. En una visión ideal, podría decirse que apela a la creación de «un conjunto de medidas penales y extrapenales conectadas con la idea de peligrosidad, mediante el desarrollo de una política criminal considerada como un arte, dirigida a la persecución del crimen y al tratamiento resocializador como medios de humanización del derecho penal y en base al estudio científico del delito como hecho y de la personalidad del delincuente» ⁵¹. Todo ello en aras de lograr un sistema que recoja las dos ideas clave del pensamiento de Marc Ancel: la *personalización* de la respuesta penal y la *resocialización* del delincuente. Contra esta postura se alzó la voz (autorizada y altisonante) de JIMÉNEZ DE ASÚA, que descalificó agriamente el movimiento, considerándolo casi un refugio de juristas mediocres, incapaces de abordar en serio los problemas teóricos de la dogmática penal. Pero sobre todo recuerda que ANCEL anuncia una reorientación del Derecho penal con medidas de todo tipo que logren neutralizar al delincuente, bien por segregación o eliminación, bien por la propia resocialización ⁵².

Más certero me parece el juicio de BARBERO SANTOS respecto al discurso de fondo abolicionista que rezuma la nueva doctrina: «Si la Defensa social, como solicitan algunos muy eminentes de sus representantes, ha de estructurarse sobre la abolición del Derecho penal y de las garantías inherentes a su ejercicio, se habrá dado no un paso hacia adelante, sino un paso atrás de treinta años.» Y a continuación enuncia los postulados de una política criminal realmente humanista: «Socializar significa únicamente que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delitos, no que haga suyos los valores de una sociedad que puede repudiar. El cumplimiento de fines de prevención especial no es incompatible, en el caso concreto, con la satisfacción de la exigencia ético-colectiva a la retribución --entendida en el sentido de retribución jurídica--, o a la intimidación. Corolario de la pretensión de hacer depender la pena de la responsabilidad individual por el acto cometido es la reafirmación del valor de las garantías individuales, también en el estadio procesal y penitenciario. A idéntica conclusión ha de llegarse aunque fuere otro el fin que a la pena se atribuya» ⁵³. En definitiva, un sistema penal garantista --a la antigua usanza, si se quiere-- que dé entrada a las preocupaciones humanistas sin menoscabo alguno de las garantías inherentes al mismo. Porque quizá el logro resocializador se encuentre más en la provisión de medios y en la generación de una política criminal penitenciaria audaz que en preconizar una abolición del Derecho penal que no se ve por ninguna parte ⁵⁴.

Una de las garantías fundamentales del Estado democrático de Derecho, inherente a esa dignidad cuya inviolabilidad proclama la Constitución alemana y que en nuestra Constitución aparece imbuida del carácter de «fundamento del orden político y de la paz social», es sin duda el principio de

culpabilidad. Se trata, como es sabido, de una suma de garantías, cuya síntesis podría expresarse del siguiente modo: «el ciudadano de un Estado democrático sólo debe ser considerado penalmente responsable de los hechos que racionalmente se le puedan imputar a él, como propiamente suyos». En esta expresión se reclama la importancia del *hecho antijurídico* como fundamento de la responsabilidad penal, sin dejar paso a veleidades relacionadas con el Derecho penal de autor; pero se expresa también la autonomía de la persona (el «libre desarrollo de la personalidad» dice el art. 10 CE), como sujeto de derechos fundamentales que no pueden ser objeto de otras limitaciones que las autorizadas en la propia Constitución o aquellas que razonablemente sirvan para que esos derechos puedan ser garantizados a la sociedad en general.

A esa protección de la *dignidad de la persona* y de los valores fundamentales de *justicia, igualdad, libertad y pluralismo* se liga la vigencia del principio de culpabilidad, como «principio estructural básico del Estado democrático de Derecho», que está amplia y reiteradamente reconocido por nuestro Tribunal Constitucional ⁵⁵—. De acuerdo con ese principio, sería ilegítimo un «Derecho penal de autor», es decir una discriminación de las consecuencias jurídicas en virtud de «quién» ha cometido el hecho y no de la gravedad de éste. La STC 150/1991, de 4 de julio, que convalidó la agravante de reincidencia, lo expresaba así: «la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal "de autor" que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos (SSTC 65/1986, 14/1988 y otras)». Muy recientemente, la STS 481/2017 de 28 de junio sienta doctrina y realiza una interpretación conforme a la Constitución del art. 235.1-7º CP para impedir que la multirreincidencia pueda agravar exponencialmente un hurto de carácter leve, apoyándose precisamente en la proscripción del «Derecho penal de autor» y en la vigencia del principio de proporcionalidad (de la sanción por el *hecho*), haciendo oídos sordos a la tesis minoritaria --suscrita por seis magistrados--, que justifica una agravación superlativa de la pena (desde los pocos meses de prisión hasta los 6 años incluso) de un modo que recuerda vivamente a la descripción de VON LISZT sobre los delincuentes habituales y aún de los incorregibles en su «Programa de Marburgo». O sea, que la ideología del Derecho penal de autor «non è morta», gozando de buena salud en la mente de muchos penalistas (entre los que no está, desde luego, Juan Terradillos) ⁵⁶—.

II. LA VISIÓN AUTORITARIA DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y EL ART. 49.3 CDFUE: LA PROPORCIONALIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL «EUROPEO»

Una de las vías de penetración de esta ideología reaccionaria y discriminatoria contra aquellos a quienes el «sistema» tacha de «anormales» es una sutil interpretación de ese principio de culpabilidad que, como tal, debería regir en todo el sistema penal y no en un sector del mismo. Sin embargo, existe una amplia corriente de pensamiento penal que separa por completo ambos sectores, distinguiendo con claridad uno de otro *en función del autor del hecho* y separando con cierta habilidad el *S pielraum* de los «normales», en el que el principio de culpabilidad y la proporcionalidad entre hecho y sanción son regla de oro, del terreno de juego de los «anormales», a los que «hay que tratarles de otro modo», expresión que esconde con frecuencia un trato discriminatorio desde un punto de vista sancionador y una vulneración de sus derechos fundamentales que se pretende justificar en su propia sanación, justificación que recuerda a otras esgrimidas en un pasado de cruel memoria.

«1. La función ético-social del derecho penal --decía WELZEL-- comprende particularmente a aquellos individuos que, en general, son capaces de una relación ético-social. Ésta es, ciertamente, la masa del grupo sometido a un orden jurídico, que tiene una participación principal en la estructuración positiva de la vida en común, a través de los dos vínculos sociales fundamentales: profesión y familia. Frente a ellos el derecho penal actúa de modo primario, garantizando la seguridad y permanencia de su juicio ético-social y echando así los cimientos para un mundo de conceptos morales, y sólo después, secundariamente, en los casos particulares, mediante la aplicación de pena por quebrantamiento del derecho.

2. Al lado de esa gran masa existe otra, cuya criminalidad es de índole distinta, constituida por personas a las cuales falta en grado elevado la capacidad necesaria para ligarse con las normas ético-sociales. a) El grupo más importante está constituido por los llamados criminales habituales en sentido estricto. En la investigación de la criminalidad llama la atención la diferencia entre los autores ocasionales, que, llevando en sí arraigados los compromisos sociales, sucumben ocasionalmente, ante situaciones excepcionales o atractivas (seductoros), y los criminales habituales

que, independientemente de los cambios que puedan producirse en el medio exterior, reinciden en el delito, por lo que puede decirse que en estos últimos el delito radica en su personalidad.

(...) A esos criminales de estado pertenecen, por un lado, el grupo de los antisociales en un sentido estricto: el mendigo, el vago, la prostituta, con una criminalidad las más de las veces leve, y, por otro lado, el grupo de los criminales habituales peligrosos, con una criminalidad de mayor cuantía. Frente al criminal de estado, *el derecho penal propiamente dicho no resulta suficiente*, puesto que no está en condiciones de desplegar una fuerza que conforme y dé sostén a la moral. La pena retributiva, delimitada por el grado de la culpa, no hace a la peligrosidad permanente que radica en la personalidad del autor. *Ella debe ser combatida* mediante una clase distinta de medidas de seguridad, que, conjuntamente con la pena, lograrán el pleno amparo de los bienes jurídicos» ⁵⁷.

Mucho tiempo después, un autor tan poco sospechoso de comulgar con ideas autoritarias como ROXIN realiza una distinción *funcional* de sendos sectores de actuación del Derecho penal que recuerda sobremanera a esta que acabamos de escuchar en boca de WELZEL: «para comprender el moderno Derecho penal, es decisiva la diferencia entre pena y medida de seguridad: toda *pena* presupone la *culpabilidad* del sujeto cuando cometió un hecho en el pasado y en cambio toda *medida de seguridad* presupone una *continuada peligrosidad* del sujeto para el futuro...Por tanto, es cierto que la culpabilidad no es condición de una medida, pero tampoco la impide. Más bien sucede que la culpabilidad como presupuesto de la pena y la peligrosidad como presupuesto de la medida se encuentran entre sí en relación de dos círculos secantes» ⁵⁸. Y una vez separadas ambas vías, se comprende mejor la función de la «segunda»: «las medidas son necesarias justamente allí *donde la pena no puede llegar, al verse limitada por el principio de culpabilidad*. Las medidas --afirma-- tienen, a diferencia de las penas, un único y exclusivo fin de prevención especial. Deben actuar tan sólo sobre la persona individual, en evitación de que cometa nuevos delitos. El hecho de que las medidas, a diferencia de las penas, puedan imponerse sin que concurra culpabilidad en el sujeto y en su caso *por encima de la medida de su culpabilidad*, requiere una justificación particular. La legitimación de esta intervención del Estado se fundamenta a través de una ponderación de bienes y de intereses de modo similar a como se opera en el *estado de necesidad* justificante. *Cuando la seguridad de la comunidad lo exige de modo ineludible, el particular debe asumir el que se le impongan las medidas que, con independencia de su culpabilidad, resulten necesarias*. De ello se deriva también, sin embargo, el que no resulte legítimo imponer medidas de seguridad más allá de lo estrictamente necesario.» ⁵⁹.

Esta tesis, sostenida en origen por Nowakowski y Stratenwerth, ha recibido amplia aceptación por parte de la doctrina ⁶⁰. Como enseña Terradillos Basoco, este tipo de argumentos que legitiman la existencia de medidas de seguridad al margen de las limitaciones propias del Estado democrático de Derecho han acompañado su existencia desde el inicio, abriendo una «segunda vía» que, en realidad, ha servido principalmente para justificar intervenciones restrictivas de derechos que serían injustificables conforme a los postulados de la «primera vía» ⁶¹. He aquí el «fraude de etiquetas» al que se refiriera Kohlrausch ⁶². Los infames --en el sentido de Foucault--, los locos, a veces también mendigos, homosexuales o prostitutas, en definitiva los parias de cada momento, vienen sufriendo ese mismo Derecho penal desde que las medidas de seguridad se impusieron como la «segunda vía» del Derecho penal, un eufemismo que sirve para esconder detrás de una fachada impoluta (Derecho penal de la culpabilidad) una trastienda vergonzante (Derecho penal de la seguridad) ⁶³.

En nuestro país tampoco faltan argumentos de este tipo, que se plasmaron paladinamente en el Proyecto de reforma del Código Penal de 2013, en cuyo texto se contemplaba, aparte de la custodia de seguridad posterior a la pena, un sistema de prórroga de las medidas de seguridad que podía tener como consecuencia la reclusión permanente del autor de un hecho nimio (pongamos un «delincuente habitual toxicómano») en aras de la protección social. Decía así su Exposición de Motivos: «se abandona definitivamente la idea de que las medidas de seguridad no puedan resultar más graves que las penas aplicables al delito cometido: el límite de la gravedad de la pena viene determinado por la culpabilidad por el hecho; pero el límite de la medida de seguridad, por el contrario, se encuentra en la peligrosidad del autor. Tal y como ha puesto de manifiesto gran parte de la doctrina desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, y como reflejan las soluciones adoptadas en el Derecho

comparado, las medidas de seguridad deben ser proporcionadas, no sólo a la gravedad del hecho delictivo cometido, sino también a la de aquéllos que se prevea que pudiera llegar cometer y, por tanto, a su peligrosidad»⁶⁴ —.

Esta acepción de la proporcionalidad, anudada a la probabilidad de cometer delitos en el futuro ha permitido a algunos autores justificar la vigencia de ese principio en sistemas que permiten la conculcación flagrante de la prohibición de exceso en aras de esa «necesidad» a la que se refiere ROXIN. Porque se trataría en realidad de una «proporcionalidad» ligada a la «forma de vida» del sujeto y, por tanto, flagrantemente vulneradora del principio de culpabilidad. No caben atajos. Si se quiere castigar sin limitaciones, dígase, pero subvertir el sentido de la proporcionalidad mediante el señuelo de la prognosis criminal constituye un contrasentido desde el punto de vista de la vigencia del principio de culpabilidad, que predica la limitación a la responsabilidad por el *hecho* que se sanciona y no por los que hipotéticamente se puedan cometer.

Así lo expresaba SILVA SÁNCHEZ: «en la medida de seguridad, a falta de una atribuibilidad individual del injusto al sujeto, el criterio de la proporcionalidad no puede ser tal injusto (que no le hemos podido atribuir) y si, ante todo, la "peligrosidad revelada" (tanto la expresada en dicho hecho como la previsible de cara al futuro)». Salvada así la proporcionalidad, se aboga por un monismo matizado que permita congeniar la finalidad preventivo-general de la pena con la preventivo-especial de la medida de seguridad, pero bajo los siguientes parámetros: la pena no es necesaria si la medida de seguridad ha cumplido su papel reductor de la peligrosidad (es decir el sistema que establece el art. 99 CP), a cambio de no limitar la posibilidad de internar al sujeto aunque el delito cometido no conlleve pena privativa de libertad (en oposición, por tanto, a lo previsto en el art. 95.2 CP). Un pacto demasiado gravoso para el potencial autor semiinimputable y que no sería aplicable al totalmente inimputable, que quedaría a merced de ese riesgo potencial y no --como ahora-- de los límites de la pena aplicable por el delito cometido. Por otra parte, el art. 49.3 CDFUE consagra el principio de proporcionalidad afirmando que «la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción», lo que se refiere, evidentemente, a la ya cometida. Si se pretende sustraer este artículo a la esfera de las medidas de seguridad, hay que advertir de que en las «explicaciones» a este artículo se liga completamente con el art. 7 CEDH, Convenio que «entiende» la privación de libertad sin distinguir a qué categoría de sanción penal va referida, como lo demuestra paladinamente la prohibición del régimen alemán de custodia de seguridad en la STEDH de 17 de diciembre de 2009⁶⁵ —.

En efecto, si el sistema propuesto supone una vulneración flagrante del principio de proporcionalidad, porque en realidad se subvierte su fundamento, el sistema establecido en el Código Penal y su aplicación jurisprudencial tampoco lo cumple fielmente. Ejemplo claro de ello es la STS 63/2006, de 31 de enero, que anula una condena con aplicación de la eximente incompleta de alteración mental y la obligación de internamiento por un período de 7 años porque considera que es aplicable la eximente completa (total inimputabilidad por tanto), lo que supone que el sujeto queda sometido a una medida de internamiento por un período máximo de ¡20 años!, que es la pena prevista para el delito. Algunos pueden considerar que la privación de libertad en prisión es peor que la que transcurre en un hospital psiquiátrico penitenciario. En realidad, nada permite afirmarlo. Por el contrario, sí es cierto que el derecho a la libertad de esos sujetos expulsados por el sistema por considerarlos «anormales» tiene la misma calidad y vigencia que para cualquiera. En efecto, las SSTC 13/2016, de 1 de febrero, y 141/2012, de 2 de julio, restablecen a sendos sujetos internados involuntariamente en su derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE) por haber *sufrido* una *lesión* de su derecho totalmente injustificada. No supedita el Alto Tribunal su decisión a la supuesta peligrosidad de esos sujetos sino que percibe una vulneración de las garantías establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en consecuencia, dicta la aceptación del amparo solicitado. El derecho a la libertad no permite discriminaciones. Si se pretende que los «anormales» que han cometido algún delito puedan permanecer privados de ella sin límite temporal, se estará vulnerando su derecho a la libertad. Arbítrense soluciones no punitivas cuando el condenado a medida de seguridad (porque condena es, al fin y al cabo) termine de cumplir su sanción por el *hecho* cometido. Como recuerda TERRADILLOS BASOCO, «las medidas de seguridad tienen un tope cronológico que responde no sólo a necesidades garantistas sino que también viene impuesto por sus objetivos preventivo-especiales». El autor confiaba en que los tribunales corregirían los desajustes que provoca

una aplicación «literal» del art. 104 CP, pero tal cosa no ha sucedido ⁶⁶—. La vigencia del art. 49.3 CDFUE debería garantizarlo, aunque la aplicación de este precepto ha generado escasa jurisprudencia todavía ⁶⁷—.

III. LA REFORMA DEL RÉGIMEN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL STGB ⁶⁸—

Como consecuencia directa o indirecta del *Caso Mollath* ⁶⁹—, el legislador alemán ha reformado el régimen de medidas de seguridad contemplado en los §§ 61 y siguientes del Código Penal. La reforma lleva fecha de 8 de julio de 2016 y ha entrado en vigor el 1 de agosto de ese mismo año. Cabe destacar que se mantiene en el § 62 StGB el principio de proporcionalidad de las medidas de seguridad no sólo respecto al delito cometido sino también respecto a la peligrosidad del sujeto, lo que permite sin duda imponer una sanción (medida de seguridad) cuya aflicción supere la gravedad del *hecho* cometido, que es lo que reclama el principio de culpabilidad ⁷⁰—. Respecto a la determinación de dicha peligrosidad referida a la comisión de delitos futuros, la jurisprudencia alemana exige una «alta probabilidad» ⁷¹—.

El §63 StGB establecía un nexo claro entre la declaración de inimputabilidad y la posibilidad de quedar sometido a medidas restrictivas de libertad, de internamiento en hospital psiquiátrico. Lo hacía, conforme a la legislación vigente hasta agosto de 2016, teniendo en cuenta la peligrosidad del sujeto definida como probabilidad de comisión de *relevantes* delitos futuros. Tras la reforma de 2016 se exige --además-- que dicha *relevancia* se cifre en la probabilidad de un daño a personas físico o psíquico o un grave daño económico o a la colectividad. Si tales indicios no existen, el § 63 StGB aún permite que se adopten medidas de seguridad si «circunstancias particulares» aconsejan adoptarlas respecto a un sujeto que «por su condición» se haga acreedor de su adopción. Se trata, obviamente, de una cláusula de cierre para permitir al juez la imposición de medidas allí donde los criterios comunes no bastan. Algo ciertamente criticable, como si el peso de miedo a la libertad todavía acunara al legislador alemán.

Queda por tanto el juez encargado de valorar los informes pertinentes para adoptar la medida que el legislador le permite. Y, como advierte MARTÍNEZ GARAY, en este contexto, el de las decisiones judiciales que requieren la estimación de la peligrosidad del sujeto y en el que está en juego la libertad de los ciudadanos, es peligroso generar demasiadas expectativas acerca de las posibilidades reales de predicción de la reincidencia y especialmente de la reincidencia violenta, cuando los datos existentes a nivel nacional e internacional evidencian que la capacidad predictiva (de riesgo absoluto) de todas estas herramientas sigue siendo muy limitada, al menos en la actualidad y probablemente también en el futuro a medio plazo ⁷²—.

NOTAS:

¹Al respecto, vid., J. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid, 1981, pp. 31 y ss.

²C. M. ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*. Barcelona, 1986, pp. 15 y ss.

³En este sentido, vid., L. GRACIA MARTÍN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2ª ed. Valencia, 2000, p. 314.

⁴En el mismo sentido, vid., J. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte General*. Madrid, 2002, pp. 141-142, en especial nota a pie de página 294 donde abunda en la misma conclusión con argumentos similares y abundante bibliografía.

⁵J. J. GONZÁLEZ RUS, en *Comentarios al Código penal*, (M. COBO DEL ROSAL, Director), T. I, Madrid, 1999, p. 239.

⁶Entre otros, vid. J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, T. I, 5ª ed., Madrid, 1997, p. 38; L. GRACIA MARTÍN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, *ob. cit.*, pp. 311, 318.

- [7J.](#) TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, ob. cit., pp. 31 y s.
- [8J.](#) SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, p. 43.
- [9](#)Por todos, vid., M. GARCÍA ARÁN, *Fundamento y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, Pamplona, 1997, p. 139.
- [10C.](#) ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, ob. cit., p. 30; J. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, ob. cit., pp. 61 y ss.
- [11C.](#) ROMEO CASABONA, ob. cit., pp. 36 y ss.; J. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, ob. cit., pp. 129 y ss.
- [12T.](#) S. VIVES ANTÓN, «Métodos de determinación de la peligrosidad», en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, (La LPRS de 4 de agosto de 1970), Valencia, 1974, pp. 395 y ss.
- [13T.](#) S. VIVES ANTÓN, ob. cit., p. 413.
- [14T.](#) S. VIVES ANTÓN, en *Comentarios al Código penal*, T. I, (T. S. VIVES ANTÓN, Coordinador), Valencia, 1996, p. 62; A. JORGE BARREIRO, «Crisis Actual del dualismo en el estado social y democrático de derecho», en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001, p. 158. Vid., igualmente, G. QUINTERO OLIVARES, «Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código Penal», en *La reforma penal y penitenciaria*. Santiago de Compostela, 1980, p. 576, quien a este mismo respecto enfatiza lo siguiente: «lo realmente determinante en el juicio de peligrosidad no es otra cosa que la intuición del juez, basada en su experiencia, y que es un sistema abiertamente acientífico, con un elevado riesgo de subjetivismo, aunque tal vez pueda ser el más viable político criminalmente».
- [15](#)Las referencias en este sentido son prácticamente inabarcables. Así, entre otros, y sólo por citar alguno de los que ha manifestado sus dudas de una forma ilustrativa, I. SÁNCHEZ YLLERA, en *Comentarios al Código penal*, (T. S. VIVES ANTÓN, Coordinador), T. I, ob. cit., pp. 551 y ss.
- [16J.](#) SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, ob. cit., p. 49.
- [17A.](#) JORGE BARREIRO, ibídem.
- [18A.](#) SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Valladolid, 2003, p. 87.
- [19A.](#) ALONSO RIMO, «Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)», *EPCr.*, 2009, nº 29, p. 130.
- [20A.](#) SANZ MORÁN, «Sobre la justificación de las medidas de corrección y de seguridad», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid, 2005, p. 973
- [21R.](#) ROBLES, «Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad», *InDret*, 4/2007, p. 20.
- [22J.](#) L. DÍEZ-RIPOLLÉS, «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana», *RECPCr*, 07-01, 2005, pp. 27-28.
- [23R.](#) GARCÍA ALBERO, «Ejecución de penas en el proyecto de reforma. Estudio de un problema concreto: ¿qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo», en *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la unión europea* (F. J. ÁLVAREZ GARCÍA, Director), ob. cit., pp. 135.

- [24](#)J. M. SILVA SÁNCHEZ, «El retorno de la inocuización: el caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos en Derecho comparado», en S. REDONDO (Coordinador), *Delincuencia sexual y sociedad*, Barcelona, 2002, pp. 157-158.
- [25](#)A. ALONSO RIMO, «Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)», *ob. cit.*, p. 128.
- [26](#)M. A. CANO PAÑOS, «El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) en el Derecho penal alemán», *CPCr*, nº 91, 2007, p. 209.
- [27](#)Vid., J. M. SILVA SÁNCHEZ, «El retorno de la inocuización: el caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes violentos en derecho comparado» en S. REDONDO (Coordinador), *Delincuencia sexual y sociedad*, *ob. cit.*, pp. 144-147, en especial, notas a pie de página nº 4 y 5.
- [28](#)Sobre la situación en el Reino Unido, vid., R. GARCÍA ALBERO, «Ejecución de penas en el proyecto de reforma. Estudio de un problema concreto: ¿Qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo», *ob. cit.*, pp. 130-131. Igualmente, vid. R. ROBLES, «Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad», *ob. cit.*, p. 5.
- [29](#)Vid., J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, Madrid, 2001, pp. 42 y ss.
- [30](#)Citado por M. A. CANO PAÑOS, «El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) en el Derecho penal alemán», *ob. cit.*, p. 240.
- [31](#)J. L. DÍEZ-RIPOLLÉS, «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana», *ob. cit.*, p. 29.
- [32](#)Al respecto, vid., la propuesta de L. GRACIA MARTÍN, «Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho», en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Vol. I, 2008, pp. 975 y ss. Asimismo, J. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, *ob. cit.*, pp. 169 y ss.
- [33](#)Al respecto, vid. J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, «Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena», en *RDPCr.*, 2009, nº 1 (3ª época), pp. 199 y ss., 206, donde realiza distintas propuestas que de *lege ferenda* que, en buena medida, son coincidentes con la opción de política criminal asumida por el legislador para la introducción de la libertad vigilada como medida de seguridad en la LO 5/2010, de 22 de junio.
- [34](#)J. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, *ob. cit.*, pp. 61 y ss.
- [35](#)Al respecto, vid., AAVV, *La reforma penal y penitenciaria*, *ob. cit.*, donde, entre otros, se recogen los trabajos de BARBERO SANTOS, M., en especial pp. 103 y 105, G. QUINTERO OLIVARES, p. 576, 582 quienes exponen distintos criterios en relación a la proporcionalidad de la medida de seguridad. Igualmente, F. MUÑOZ CONDE, «Monismo y dualismo en el Derecho penal español», *EPCr*, 1981-1982, VI, p. 237.
- [36](#)Al respecto, vid., A. SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, *ob. cit.*, pp. 153-156, 183-184. Igualmente, vid., J. J. GONZÁLEZ RUS, en *Comentarios al Código Penal*, T. I, *ob. cit.*, pp. 234, 237.
- [37](#)A. JORGE BARREIRO, «Crisis actual del dualismo en el estado social y democrático de derecho», en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, 2001, p. 161, nota a pie de página nº 95, donde recoge una completísima referencia bibliográfica de los autores que se manifiestan partidarios de esta posición, para seguidamente citar a los autores que

optan por la opción contraria. Igualmente, A. SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, ob. cit., pp. 181, nota a pie de p. 52 con, también, detalladas notas bibliográficas.

[38J.](#) CEREZO MIR, «Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código penal», en *La Ley*, nº 4063, diario de 21 de junio de 1996, p. 5. Igualmente, A. JORGE BARREIRO, en *Comentarios al Código penal*, ob. cit., p. 298.

[39C.](#) ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, ob. cit., p. 79. Asimismo, L. GRACIA MARTÍN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, ob. cit., p. 323; J. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, ob. cit., pp. 185 y ss.

[40A.](#) JORGE BARREIRO, «Crisis actual del dualismo en el estado social y democrático de derecho», ob. cit., p. 158. Vid., igualmente, A. SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, ob. cit., pp. 184 y ss., quien da respuesta a tales observaciones además, de a otra de las críticas que también se les formula, cual es el que ello supone una quiebra del principio de igualdad, en tanto que esa indeterminación haría de peor condición al inimputable que al plenamente responsable. En este caso, me parecen particularmente interesantes las afirmaciones de G. QUINTERO OLIVARES, «Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código penal», ob. cit., p. 582, quien a este respecto sostiene, no exento de razón, que el posible mayor sufrimiento del inimputable en relación al sujeto plenamente responsable: «ya en el pasado provocó en la praxis judicial el que los defensores evitaran voluntariamente la apreciación de la eximente para eludir las consecuencias del internamiento "sine die", pues era mejor cumplir la pena ordinaria, mucho más breve, que arriesgarse a ser olvidado en el manicomio». Asimismo, vid., J. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, ob. cit., pp. 20-22, donde trae a colación la STC 24/1993, de 21 de enero, en la que el Alto Tribunal considera justificado el trato distinto de los enajenados mentales.

[41J.](#) M. MAZA MARTÍN, «La necesaria reforma del Código penal en materia de medidas de seguridad», en *Las penas y las medidas de seguridad*. Cuadernos de Derecho Judicial, nº XIV, Madrid, 2006, p. 40.

[42J.](#) J. GONZÁLEZ RUS, en *Comentarios al Código Penal*, T. I, ob. cit., p. 242.

[43J.](#) J. GONZÁLEZ RUS, en *Comentarios al Código Penal*, T. I, ob. cit., p. 252.

[44G.](#) QUINTERO OLIVARES, «Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código penal», ob. cit., p. 581; F. MUÑOZ CONDE, «Monismo y dualismo en el derecho penal español», ob. cit., p. 237.

[45J.](#) J. GONZÁLEZ RUS, en *Comentarios al Código Penal*, T. I, ob. cit., p. 210. Vid., A. SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, ob. cit., pp. 196 y ss., quien expone los problemas que suscita, para estos casos, la propuesta del internamiento civil para enfermos mentales.

[46G.](#) QUINTERO OLIVARES, *La justicia penal en España*, Pamplona, 1998, p. 135.

[47ZUGALDÍA](#) ESPINAR, J. M., «Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena», *RDPCr*, 2009, p. 204.

[48](#)Sobre las medidas de seguridad previstas en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, vid., por todos, J. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, ob. cit., pp. 140 y ss.

[49](#)Este texto corresponde a la conferencia pronunciada este año 2017 en la Universidad Nacional de José C. Paz, Provincia de Buenos Aires. Con entrañable afecto lo dedicamos en homenaje al querido amigo, brillante penalista y luchador por la dignidad humana en tiempos difíciles, Prof. Dr. D. Juan

[50](#)Cahiers de defense sociale, 1975, pp. 16-18; BERISTAIN, *Estructuración ideológica de la Nueva Defensa Social*, en ADPCP, 1961, p. 416.

[51](#)MUÑAGORRI, *Sanción penal y política criminal. Confrontación con la Nueva Defensa Social*, Reus, Madrid, 1997, p. 26.

[52](#)JIMÉNEZ DE ASÚA, *La «nueva» Defensa social*, en *El criminalista*, 2ª serie, Tomo V, 1961, p. 19.

[53](#)BARBERO SANTOS, *La defensa social, treinta años después*, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, 1985, núm. 1372. p. 12.

[54](#)ARROYO ZAPATERO, *La armonización internacional del Derecho Penal*, *Cahiers de defense sociale*, 2011-2012, p. 47.

[55](#)STC 185/2014, de 6 de noviembre: «este Tribunal ha declarado que la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, vinculándolo con los arts. 10, 24 y 25 CE [por todas, STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 11 b)]. Y aunque ha advertido de que ello no implica que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo, también ha negado que sea constitucionalmente legítimo un derecho penal "de autor" que determina las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos (por todas, STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4). Al principio de culpabilidad se anuda asimismo la proscripción de la responsabilidad sin culpa o responsabilidad objetiva en el ámbito del *ius puniendi*, lo que, además de exigir la presencia de dolo o imprudencia, conlleva también la necesidad de determinar la autoría de la acción o de la omisión sancionable (SSTC 120/1994, de 25 de abril, FJ 2; 103/1995, de 3 de julio, FJ 3; y 57/2010, de 10 de octubre, FJ 9; ATC 237/2012, de 11 de diciembre, FJ 3), así como el principio de la responsabilidad personal por hechos propios y no ajenos --principio de la personalidad de la pena o sanción-- [SSTC 131/1987, de 20 de julio, FJ 6; 219/1988, de 22 de noviembre, FJ 3; 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 5; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2; 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4 b); 93/1996, de 28 de mayo, FJ 1; 137/1997, de 21 de julio, FJ 5; 125/2001, de 4 de junio, FJ 6; y 60/2010, de 7 de octubre, FJ 4]».

[56](#)Y entre estos supuestos, el legislador ha salido al paso de hechos que lesionan el bien jurídico protegido de manera bien diferenciada a como lo hacen los que abordan un hurto episódico. Personas que hacen del delito de hurto un medio de vida, desplegando su actividad delictiva de forma constante. La realidad cotidiana de los tribunales, ofrece ejemplos de reiterada dedicación: carteristas que actúan en el metro u otros lugares de concentración humana; descuideros de bolsos, de teléfonos móviles o de otras pertenencias, que actúan en establecimientos de hostelería o en las terrazas de calles y plazas; personas que hacen de las recepciones de los hoteles, de las estaciones de tren o de los aeropuertos, el lugar adecuado para sustraer lo que cualquier viajero desatiende durante los instantes que conversan con otro, o mientras preguntan o miran un cartel; individuos que aprovechan los ciclos de los semáforos, para --agazapados y entre coches-- abrir la puerta derecha de los vehículos que se detienen y sustraer el bolso o las pertenencias depositadas en el asiento colindante al del conductor; sin olvidar a quienes reiteradamente sustraen en comercios de electrónica, de cosmética, de alimentación o de confección, sirviéndose de instrumentos para eludir sistemáticamente los mecanismos electrónicos de alarma que están instalados. Delitos perpetrados por individuos que se distribuyen el espacio urbano en el que actúan, que desarrollan una técnica --muchas veces en coordinación con otros-- que repiten en cada una de sus sustracciones y que la perfeccionan en búsqueda de un mayor rendimiento. Individuos que han hecho de la sustracción su actividad cotidiana, como constatan los camareros, los vigilantes, los dependientes, los porteros, o cualquier sujeto que esté obligado a ubicarse habitualmente en su campo de acción, y que, por ello, no es infrecuente que tengan que desalojar a los sospechosos de sus instalaciones o hayan de prevenir a las potenciales víctimas de las personas que saben que les están acechando.

[57](#)WELZEL, *Derecho penal. Parte General*, trad. Fontán Balestra, Buenos Aires, 1956, pp. 8-11.; MAURACH, *Derecho penal. Parte General*, trad. de la 7ª ed. alemana a cargo de J. Bofill y E. Aimone, Buenos Aires, 1994, Tomo I, p. 119: «La segunda vía que representan las medidas es el precio que debe pagarse con el fin de mantener el apego a la proporcionalidad de la pena y la culpabilidad, sin desmedro de la eficacia del Derecho penal».

[58](#)Roxin, *Derecho penal. Parte General. Tomo I*, trad. Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal, 2ª reimpresión, Madrid, 2003, p. 42. En la doctrina española, resume las diferencias entre pena y medida Romeo Casabona, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, 1986, pp. 80 y ss. Sobre antiguos fundamentos de la medida de seguridad de clara inclinación hacia el Derecho penal de autor, Gómez Martín, *El Derecho penal de autor*, Valencia, 2007, pp. 244 y ss.

[59](#)Roxin, en Roxin/Artzt/Tiedemann, *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, trad. Arroyo Zapatero/Gómez Colomer, Madrid, 1989, pp. 67 y ss. Cursiva mía.

[60](#)Sanz Morán, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Valladolid, 2003, p. 134. De hecho, el propio Sanz Morán se adhiere a ella, abogando por «dualismo flexible», caracterizado por la aceptación del sistema vicarial. La Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 5 de febrero de 2004, que admitió la constitucionalidad de la custodia de seguridad (a perpetuidad y con carácter retroactivo), se movía también en ese territorio argumental: «la dignidad humana no se viola, incluido el internamiento de larga duración, si este último es necesario por la peligrosidad subsistente del detenido»(.) «la privación de libertad de una persona en detención de seguridad no es una pena por una violación pasada de derecho, sino una medida destinada a prevenir infracciones futuras [que] es posible predecir después del examen que se producirán, por regla general, con seguridad»(.) «no es la falta, sino la peligrosidad que el delincuente manifiesta, lo que es determinante para concretar las modalidades y duración de la medida de seguridad»(...) «El Estado tiene la misión de proteger los derechos fundamentales de víctimas potenciales contra atentados de delincuentes potenciales. Esta obligación es más intensa cuanto el peligro deviene más concreto e individualizado sobre ámbitos elementales de la vida».

[61](#)Cfr. Terradillos Basoco, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid, 1981, p. 135.

[62](#)Vid. Barbero Santos, *Peligrosidad y Derecho represivo*, Barcelona 1980, p. 33.

[63](#)Cfr. Terradillos Basoco, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, passim.

[64](#)Una distinción que han asumido, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, «Consideraciones sobre las medidas de seguridad para inimputables y semiimputables», en *Derecho penal y criminología*, núm. 18, 1995, pp. 79 y ss. Silva Sánchez, «El retorno a la inocuización: El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos», en Arroyo Zapatero, L. y Berdugo Gómez De La Torre, I. (Dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. In Memoriam, vol. I, eds. Universidad de Castilla-La Mancha y de Salamanca, Salamanca, 2001, p. 710; El Mismo, «El contexto del anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008», en *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón, núm. 6, Bilbao, 2009, p. 25. Esta apelación a la distribución de la carga de riesgo que el delincuente implica entre la sociedad y él mismo aparece en la Exposición de Motivos del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013. Zugaldía, «Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2009-1, pp. 203 y ss. Sin embargo, el autor niega la posibilidad de castigar con medidas de seguridad de mayor duración que la pena prevista para el delito cometido en Zugaldía Espinar, «Medidas de seguridad», en Álvarez García (Dir.)/Dopico Gómez-Aller (Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, 2013, pp. 466 y ss.; GRACIA MARTÍN, «Sobre la legitimidad de las medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho», en García Valdés/Cuerda Riezu/Martínez Escamilla/Alcácer Guirao/Mariscal De Gante (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008, pp. 988 y ss. García Alberó, «La nueva medida de libertad vigilada», en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 6/2010. Sánchez Lázaro, «Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y

límites de la denominada custodia de seguridad», en *Revista Penal*, núm. 17, 2006, p. 157; Feijoo Sánchez, «Derecho penal y neurociencias, ¿una relación tormentosa?», en *Indret*, 2/2011, p. 12. Robles Planas: «"Sexual Predators". Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad», en *Indret* 4/2007, pp. 14 y ss.; Baldova Pasamar, «Consideraciones político criminales sobre la introducción de la pena de libertad vigilada», en *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón, núm. 6, Bilbao, 2009, p. 47; Ulteriores referencias sobre esta opinión en la doctrina española, en Alonso Rimo, «Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXIX, 2009, pp. 109 y ss.

[65](#)Vid. sobre ello, GARCÍA RIVAS, «La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad», en DEMETRIO CRESPO (Dir.), *Neurociencias y Derecho penal*, Madrid, 2013, pp. 616 y ss.

[66](#)TERRADILLOS BASOCO, «La Constitución penal. Los derechos de libertad», en CAPELLA, *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, 2003, pp. 375 y ss.

[67](#)Vid. Recurso de casación interpuesto el 24 de febrero de 2015 por *Hansen & Rosenthal KG, H & R Wax Company Vertrieb GmbH* contra la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) dictada el 12 de diciembre de 2014 en el asunto T-544/08, *Hansen & Rosenthal KG y H & R Wax Company Vertrieb GmbH / Comisión Europea*. Vid. STJUE de 28 de julio de 2016 (asunto C294/16 PPU) JZ y Prokuratura Rejonowa ód - ródmiemie. «El órgano jurisdiccional remitente señala que el litigio principal se caracteriza por un cúmulo de medidas diferentes de seguridad que, en su conjunto, podrían considerarse una privación de libertad. La aplicación de estas medidas durante varios meses podría considerarse, en definitiva, una pena adicional impuesta por la misma infracción por la que se impuso a la persona condenada una pena privativa de libertad de larga duración. A este respecto, dicho tribunal señala que, durante el período de asignación de residencia, JZ no pudo encontrar un empleo remunerado compatible con las restricciones horarias que se le habían impuesto y que su esposa soportó todo el peso del mantenimiento del hogar.» El TJUE asume el concepto de «privación de libertad» sentado por el TEDH en relación con el art. 5 del Convenio y, por tanto, no considera tal la mera restricción de movimientos.

[68](#)La documentación parlamentaria puede encontrarse en [#sdfootnote69anc" _mce_href="#sdfootnote69anc" name="sdfootnote69sym"69](#)Sujeto internado durante 7 años por considerarle paranoico cuando en realidad estaba denunciando una trama delictiva verdadera.

[70](#)FRISCH, «Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità», en *Diritto penale contemporaneo* 3-4/2014, p. 164.

[71](#)FIERRO, *La riforma del ricovero in un ospedale psichiatrico ai sensi del § 63 STGB*, en *Diritto penale contemporaneo*, 9/2017, p. 72.

[72](#)MARTÍNEZ GARAY, «Errores conceptuales en la estimación de riesgo de reincidencia», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, artículo 3, núm. 14 (2016), pp. 25 y ss.

ÍNDICE:

I. ESTUDIOS DE PARTE GENERAL

1. La investigación en Derecho penal

Investigar en derecho penal: las enseñanzas de un Maestro

Esther Hava García

Hacia una dogmática jurídico penal como sistema abierto

María José Rodríguez Mesa

Contexto, interdisciplinariedad y dogmática penal

Diana Patricia Arias Holguín

La implantación de los estudios oficiales de criminología en España

José Luis Díez-Ripollés

Derecho Penal y Psiquiatría. De cómo una psiquiatra se aventuró por el mundo penal y criminológico siguiendo al Prof. Terradillos

Julia Cano Valero

Diversidad cultural y Derecho penal

Guillermo Portilla Contreras

Reformas penales y gobernar a través del delito: el caso peruano

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Bienes jurídicos, valores y derechos: satisfacción de necesidades y lucha por el reconocimiento

Mercedes Alonso Álamo

Derecho penal y utopía garantista: una visión latinoamericana

Juan Oberto Sotomayor Acosta

Notas básicas sobre la autoría a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP español): Autoría y significado específico del hecho

Carlos Martínez-Buján Pérez

Sobre la interpretación en Derecho Penal

Iván Meini

2. Evolución histórica de la Ciencia del Derecho penal

Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura

Francisco Muñoz Conde

Metamorfosis del Derecho penal del Estado de Derecho

Eduardo Demetrio Crespo

La Ilustración hispana frente al encierro punitivo: la obra de Lardizábal en su discípulo Joseph Marcos Gutiérrez

Alejandro W. Slokar

1917: La Constitución del Estado social y democrático de derecho en México

Luis Arroyo Zapatero

3. Constitución y ley penal: la imposible convergencia

Exigencias normativas de legitimidad en la ley penal. Constitución y teoría de la legislación penal

Gloria González Agudelo

Los tipos de omisión impropia y el principio de legalidad estricta

Luis Fernando Niño

4. Política y Derecho penal en Europa

¿El Brexit es un reto para la política criminal de la Unión Europea?

María Acale Sánchez

El proceso de integración penal europea

José Luis de la Cuesta Arzamendi

Cultura política de la UE y racionalidades penales nacionales: Reflexiones sobre la penalidad migratoria

José Ángel Brandariz García

El paradigma de la privación de libertad de solicitantes de protección internacional en Europa: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. el Derecho de la Unión Europea

Esther Pomares Cintas

Abusos de mercado y Derecho penal: España e Italia frente al impulso europeo

Adán Nieto Martín

Luigi Foffani

5. Peligrosidad social y Estado de Derecho

A vueltas con el Derecho penal de la peligrosidad

Rafael Rebollo Vargas

Los disfraces de la peligrosidad (la pena del delito común contra la propiedad)

Raúl Zaffaroni

Los «anormales» y su discriminación penal

Nicolás García Rivas

6. Consecuencias jurídicas del delito

¿Penas o medidas?: del garantismo a la confusión

Mercedes García Arán

El castigo de la delincuencia económica y el riesgo de derecho penal de autor

Gonzalo Quintero Olivares

Nuevas tendencias penológicas: hacia la penología del control

Borja Mapelli Caffarena

La prisión permanente revisable: crónica de una derogación anunciada

María del Mar Martín Aragón

7. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

El órgano de cumplimiento en la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: indefiniciones y precisiones

Norberto J. de la Mata Barranco

La conveniencia de la responsabilidad penal de los partidos políticos

Joan Baucells Lladós

Sobre las inconcebibles naturaleza y función penales y sancionatorias de las erróneamente denominadas «penas», medidas de seguridad «penales» u otra especie de sanciones «penales» aplicables a personas jurídicas

Luis Gracia Martín

8. Justicia penal de transición, impunidad y memoria

Ley de Amnistía. Cuarenta años después

Araceli Manjón-Cabeza Olmeda

II. ESTUDIOS DE PARTE ESPECIAL

1. El Derecho penal de la Globalización

Violencia e impunidad: Examen al Estado

Arturo Ventura Püschel

Francisco Javier Álvarez García

La violencia como elemento del delito de rebelión

Miriam Cugat Mauri

Delimitación de las modalidades de conducta en el delito de atentado: el significado de agredir, acometer y oponer resistencia

María del Mar Carrasco Andrino

Francisco Javier Álvarez García

Actualizar la prohibición del genocidio y las masacres

Ramón Sáez Valcárcel

Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de Derechos Humanos en el marco del Derecho penal internacional

Ana Isabel Pérez Cepeda

Derecho penal y exclusión social. El «top manta» en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial

Margarita Martínez Escamilla

La protección penal del crédito después de la crisis económica

Hernán Hormazábal Malarée

La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis. Análisis jurisprudencial

Juan Muñoz Sánchez

Regulación del cannabis: aportes político-criminales para la construcción de alternativas al modelo prohibicionista de control de las drogas

Diego Silva Forné

2. Corrupción

Corrupción pública en Latinoamérica

Fabián Luis Riquert

Crimen organizado, corrupción y responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú

José Ugaz S. M.

El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la Administración pública y por soborno transnacional en el debate parlamentario argentino de 2017

Carlos Julio Lascano

Delito de «cohecho electoral»

Lorenzo Morillas Cueva

«Rendición de cuentas y transparencia» como instrumentos de lucha contra la corrupción de los partidos políticos

M^a José Rodríguez Puerta

3. Derecho penal económico y de la empresa

La protección penal del consumidor digital

Luis Ramón Ruiz Rodríguez

El fantasma del administrador de hecho y otras cuestiones fundamentales en los delitos societarios

José Manuel Ríos Corbacho

Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal colombiano

Fernando Velásquez Velásquez

Valoración de la vigente tutela penal de la propiedad intelectual tras la reforma del Código de 2015

Luis Rodríguez Moro

La vigencia de la categoría delito de cuello blanco cuando los delitos socioeconómicos se comenten en contextos normalizados

Laura Zúñiga Rodríguez

Estafa y fraude de subvenciones: una revisión de sus relaciones concursales

M^a del Carmen Gómez Rivero

¿Nueva alternativa a la pena en materia penal tributaria y previsional en Argentina?

Marcelo A. Riquert

Delito de defraudación tributaria y blanqueo de capitales. Reflexiones en supuestos de regularización tributaria con efectos penales

Fermín Morales Prats

El paralelismo procedimental en la persecución del delito de defraudación tributaria

Juan Carlos Ferré Olivé

4. Delitos patrimoniales

A vuelta con el principio de proporcionalidad, de «non bis in idem» y la multirreincidencia en el delito de hurto: Análisis de la STS 481/2017, de 28 de junio

Carmen Salinero Alonso

5. Derecho penal del trabajo

Contextualizando el «Derecho Penal del Trabajo»

Antonio Baylos Grau

El empresario, principal sujeto obligado a garantizar un medio de trabajo seguro y saludable

Joaquín Aparicio Tovar

¿Existió alguna vez un verdadero Derecho penal del trabajo?

Manuel Jesús Dolz Lago

Derecho penal del trabajo en Colombia

Alfonso Cadavid Quintero

Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa?

Eduardo Ramón Ribas

Pesca ilegal y contratación de trabajadores extranjeros: la Sentencia Varepi

Inma Valeije Álvarez

Proxenetismo lucrativo: ¿una modalidad diferente de explotación laboral?

Beatriz Cruz Márquez

A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?

Ignacio F. Benítez Ortúzar

El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo

Fernando Navarro Cardoso

¿Se acabaron las mayorías absolutas parlamentarias! Una crónica política hacia la descriminalización del ejercicio del derecho de huelga

Rosario de Vicente Martínez

La conducta típica del delito de coacciones a la huelga (art. 315.3 CP)

Bárbara San Millán Fernández

La técnica de tipificación y su relación con la aplicación de los delitos que protegen la vida y la

salud de los trabajadores

Cristina Méndez Rodríguez

Disfunciones del sistema judicial en el ámbito penal de la siniestralidad laboral

María Revelles Carrasco

La siniestralidad laboral como delito: consecuencias aplicativas

Rosa M. Gallardo García

Siniestralidad laboral y responsabilidad penal por delitos contra la vida o la salud cometidos en comisión por omisión imprudente en el ámbito empresarial

Carmen López Peregrín

La incidencia de la «nueva» imprudencia menos grave en la siniestralidad laboral

M^a José Cuenca García

6. El delito de inmigración ilegal y la trata de personas

El CP español como paradigma del Derecho de la «crimigración»

Diego Boza Martínez

Reconocimiento del derecho de asilo en España a mujeres víctimas de violencia de género

María del Rosario Gómez López

Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres humanos

María Luisa Maqueda Abreu

7. Protección penal del medio ambiente: luces y sombras

La red para la protección ambiental en el Código penal tras la reforma de 2015: los resultados típicos

Paz M. de la Cuesta Aguado

El medio ambiente y la necesidad de coordinación policial como medio de investigación

Antonio Vercher Noguera

Incertidumbre científica y certeza jurídica. La plasmación del Principio --medioambiental-- de precaución en Derecho penal

Mariana N. Solari Merlo

Protección penal del medio ambiente en la Unión Europea. Luces y sombras

Maria Marquès i Banqué

Compliance ambiental: aspectos esenciales, a la luz de la reforma penal de LO 1/2015, de 30 de marzo

Elena M. Górriz Royo

8. Ideología y valores religiosos en el Código Penal

Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados

Patricia Laurenzo Copello

9. Terrorismo y Derecho

El terrorismo global yihadista: ¿Límites a un derecho penal exagerado?

Juan Carlos Campo Moreno

Reflexiones sobre el terrorismo: del terrorismo nacional al terrorismo global

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

La dimensión política del terrorismo

Carmen Lamarca Pérez

Terrorismo: entre el derecho penal y la seguridad nacional

Antonio M. Díaz Fernández

Contraterrorismo

José L. González Cussac

Inteligencia y contrainteligencia en Chile. El monopolio de la violencia estatal frente al terrorismo y sus distorsiones

Myrna Villegas Díaz

Cristian Parada Bustamante

Reflexiones actuales sobre la lucha contra el terrorismo

Miguel Ángel Núñez Paz

Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal

María Luisa Cuerda Arnau

Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»

Juan Carlos Carbonell Mateu

Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos «Cesar Strawberry» y «Cassandra Vera»

Fernando Miró Llinares

De la prevención del blanqueo de capitales a la de la financiación del terrorismo

Patricia Faraldo Cabana

III. ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL

La reparación de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el Derecho Penal

Octavio García Pérez

Sobre los altos tribunales y la «mística» de la intermediación

Perfecto Andrés Ibáñez

Audiencias tempranas y justicia restaurativa en el campo penal juvenil en Costa Rica

Álvaro Burgos

Documento TOL6.932.366

Doctrina

Título: LIBER AMICORUM. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco

Autores: [Luis Gracia Martín](#), [Joan Baucells Lladós](#), [Norberto J. de la Mata Barranco](#)

Fecha: 11/2018

Número epígrafe: 7

Título epígrafe: Capítulo 7. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

TEXTO:

7. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

El órgano de cumplimiento en la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: indefiniciones y precisiones¹

Norberto J. de la Mata Barranco

Catedrático de Derecho Penal

Universidad del País Vasco

Más que lo que aquí se diga, lo importante de estas líneas es que me permiten poder participar en el Liber Amicorum que los discípulos del profesor Terradillos le regalan a su maestro y a quienes agradezco poder estar incluido en el grupo de personas del mundo del Derecho penal allegadas a una persona, a un catedrático, tan diferente, tan especial.

I. REGULACIÓN Y CONCEPTO

La única alusión indirecta al órgano de cumplimiento en el marco de lo que representa un «compliance penal» la encontramos en los apartados 2.2^a y 4^a, 3 y 5.4^o del art. 31 bis del Código Penal introducidos mediante Ley Orgánica 1/2015.

En ninguno de ellos se utiliza estrictamente este concepto ni se definen ni su estructura ni sus funciones. El Código se limita a señalar que el modelo de organización y gestión que, en su caso, permitirá la exención de responsabilidad de la persona jurídica implicada en la comisión de un delito (art. 31 bis 2) cuando en él haya intervenido su representante legal o quien esté autorizado para tomar decisiones en su nombre u ostente facultades de organización y control dentro de ella (art. 31 bis 1 a) tendrá que haber confiado su supervisión a un «órgano de la persona jurídica con poderes autónomos o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de sus controles internos» (art. 31 bis 2.2^a), cuya supervisión, vigilancia y control «no habrá omitido o ejercido de modo insuficiente» (art. 31 bis 2.4^a) y a quien deberá «informarse de posibles riesgos e incumplimientos» (art. 31 bis 5.4^o). Explicándose también que dicho «órgano» no será necesario (aunque sí el modelo de organización y gestión de prevención idóneo) en personas jurídicas de pequeñas dimensiones y omitiendo toda referencia a él en relación a delitos cometidos por quienes estén sometidos a la autoridad de los responsables anteriormente citados. Éstas son las únicas referencias legales que se tienen para interpretar lo que implica y se exige de la figura, a la que en el apartado 5.4 de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 se denomina «oficial de cumplimiento» (apartado 5.4.).

Las referencias comparadas del texto español nos remiten al Capítulo Ocho de las *United States Sentencing Guidelines*, de la USSC (*United States Supreme Court*)². En especial a partir de la previsión de la designación de un alto miembro de la dirección para que supervise la aplicación de los programas de cumplimiento. A partir de ellas se empieza a hablar en España de los *corporate compliance* y de los *officer compliance* en materia penal. En el ámbito británico, en un contexto más específico, también hay que mencionar la *Bribery Act* de 2010 y, en concreto, su artículo 7.2. Y, por supuesto, es obligada la remisión al art. 6 del Decreto Legislativo italiano 231/2001, de 8 de junio, y su «órgano de supervisión o vigilancia» (si bien en un contexto de responsabilidad únicamente administrativa) y a la Ley 20.393 chilena de responsabilidad penal de las personas jurídicas, de 2 de diciembre de 2009, cuyo art. 4 prevé la adopción de un modelo de prevención de delitos y un «encargado de prevención de delitos», que se exige sea nombrado por la máxima autoridad administrativa de la persona jurídica y cuyo tiempo de actuación, medios y facultades, autonomía y funciones define con bastante concreción.

Junto a estos referentes, y al aludir también el art. 31 bis 2.2ª a un órgano que tenga «legalmente» encomendada la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica, cabe tomar además en consideración en nuestro ámbito interno no penal el art. 28 RD 217/2008, que regula la función del «responsable de cumplimiento normativo» en el ámbito de las empresas que prestan servicios de inversión, el art. 26 Ley 10/2010 y su «representante» ante el Servicio ejecutivo de la Comisión de prevención del Blanqueo de capitales e Infracciones monetarias o el art. 193.2 RDLeg 4/2015 sobre las «unidades» que en las empresas que prestan servicios de inversión han de garantizar el cumplimiento normativo. Igualmente, la Norma 5ª tanto de la Circular 6/2009 como de la Circular 1/2014, ambas de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que regulan tales «unidades». Asimismo, el art. 529 ter 1 b) Ley 31/2014 que, en el funcionamiento de las Sociedades de capital, exige que la supervisión de los sistemas internos de control sea asumida por el propio Consejo de administración. Y finalmente, aunque sus funciones no sean exactamente las mismas, la Recomendación 46 en relación con el Apartado III.3.4.3 del Código Unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas publicado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en febrero de 2015 sobre las comisiones de auditoría o comisiones especializadas del consejo de administración que asuman funciones internas de control y gestión de riesgos.

En todo caso, como recuerda la doctrina, ni la figura está regulada penalmente, ni existe un estatuto orgánico definido ni una configuración legal clara y unificada sobre competencias y deberes³. Y no sería superfluo seguir modelos que como en Chile o Alemania permitan certificar la labor de los responsables de cumplimiento a través de procesos de estandarización de sus funciones⁴. Cabe aludir en este contexto de armonización a las tradicionales Normas ISO 19600 y 37001 sobre gestión de *compliance*⁵ así como a la reciente Norma UNE 19601 de 17 de mayo de 2017 sobre adopción de sistemas de gestión de *compliance* penal de la Asociación Española de Normalización (AENOR). Pero, es importante subrayarlo, estamos ante únicamente referentes⁶.

Cuando en la doctrina se utiliza para referirse a la figura las expresiones «oficial de cumplimiento», «responsable de cumplimiento», «órgano de supervisión», «órgano de vigilancia», etc., debemos entender que estamos ante un mismo concepto. Ha sido más frecuente la utilización de la expresión «de cumplimiento», que es la que más tradición ha tenido en el ámbito anglosajón (el *compliance* de los textos americanos). Por otra parte, que se hable o no de «órgano» no impide que éste pueda tener carácter individual y no colectivo. En tal sentido, cuando no se utiliza la expresión «órgano», sino el referente individual, normalmente sin intencionalidad alguna más allá de la pura opción terminológica, se habla de «responsable», «encargado», «coordinador», «instructor», «oficial o directivo» (*officer*) o bien de «oficial o director jefe» (*chief officer*)⁷.

En Italia, el Decreto Legislativo 231/2001 describe en su art. 6.1 letras a) y b) un «órgano de la Empresa dotado de poderes autónomos de iniciativa y de control encargado de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo de organización y gestión idóneo para prevenir delitos» (texto que el legislador español incorpora, en dos partes, a los arts. 31 bis 2.2ª y 5.3º) y cuando se alude al mismo en la literatura de este país se utiliza sintéticamente la expresión «órgano de

vigilancia». La doctrina italiana acude también a lo que denominan Órgano de control societario o *Collegio Sindacale* explicando que el Órgano de vigilancia de su Decreto está entre esta figura y el *compliance officer* americano. Hay autores, aunque ni lo exige el texto penal español ni la Circular de la Fiscalía General 1/2016 que lo interpreta, que al hilo de ello insisten en diferenciar entre órgano de supervisión y responsable de cumplimiento⁸. Sin embargo la diferenciación no es obligada, siempre, como luego se aclarará, que el órgano o responsable supervisor --o de cumplimiento--, único, tenga autonomía para «controlar» los comportamientos no sólo de empleados sino también de administradores y directivos, que es lo que en realidad pretende la dualidad propuesta.

A veces también se habla de un responsable u oficial «de ética» en vez de «de cumplimiento». Téngase en cuenta, sin embargo, que el Código de lo que en todo momento habla como elemento que permita eximir de responsabilidad a las personas jurídicas autoras de un delito es de un «modelo de organización y gestión», que incluirá o no (al menos no necesariamente como algo diferenciado) un Código ético. Pero ni es necesario el mismo ni lo es un Comité de ética añadido al de cumplimiento o integrado en él.

Lo que se busca con cada una de las distintas expresiones es la descripción que mejor defina la labor que incumbe al cargo. Y esta labor es la de supervisar o vigilar la eficacia del modelo de prevención de delitos adoptado en la empresa de modo autónomo y con capacidad competencial suficiente. Las funciones específicas que tenga este «órgano de cumplimiento» varían mucho en la práctica y dependen de cada entidad, tanto de su dimensión como del ámbito en que desarrolla su actividad como incluso de la política que se desee adoptar al respecto.

II. UBICACIÓN EN LA ESTRUCTURA DE LA ENTIDAD

Nieto Martín distingue tres modelos de *compliance*: uno, con el que se puede identificar el sistema americano, en el que el órgano encargado de controlar los modelos de organización y gestión tendentes a prevenir la comisión de delitos se configura como sección o departamento de cumplimiento bajo dependencia directa del Consejo de administración; otro, que cabría identificar con el de la regulación italiana, en el que existe un órgano de cumplimiento absolutamente independiente incluso del Consejo de administración; y un tercero en el que el órgano de cumplimiento matriz se integra con responsables de cumplimiento sectoriales en medio ambiente, trabajadores, etc.⁹. Pero puede haber, por supuesto, numerosos modelos intermedios, porque en definitiva lo que realmente importa es que las funciones de supervisión las ejerza un órgano autónomo con capacidad y competencia funcional suficientes para poder garantizar la eficacia de los protocolos de prevención. El Código Penal español, a salvo de cuanto se irá matizando, no impone modelo alguno.

1. Nombramiento

Exige el art. 31 bis 2.1ª del Código que los modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir la comisión de delitos sean adoptados y ejecutados por el órgano de administración. Y al mismo tiempo, en su art. 31 bis 2.2ª, que la supervisión de su funcionamiento y cumplimiento haya sido «confiada» a un órgano autónomo o a quien tenga legalmente encomendada la función de supervisión.

Parece lógico, no obligatorio, que sea entonces el propio Consejo de administración quien nombre al órgano de cumplimiento. A instancias de la Dirección general o de quien en cada estructura jurídico-empresarial tenga la máxima competencia para realizar propuestas del máximo nivel.

2. Dependencia orgánica

Cuando el Código penal español menciona el «órgano de cumplimiento», sólo dice que el modelo de organización y gestión ha de confiar al mismo su seguimiento (art. 31 bis 2.2ª) y que a él ha de imponerse la obligación de informar de «riesgos e incumplimientos» (art. 31 bis 5.4º). Siempre con «poderes autónomos de iniciativa y control». Pero, ello no significa que no tenga relación alguna de

dependencia orgánica. Depende de «la propiedad», que es la que retribuirá económicamente su función, la que adoptará y ejecutará el protocolo de prevención, la que establecerá el correspondiente sistema sancionatorio. Y en tal sentido actúa por delegación¹⁰.

El Código español trata además, en primer lugar, de conciliar esa autonomía con la dimensión de la empresa, admitiendo que en las que puedan presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada sea el propio órgano de administración correspondiente el que desarrolle la supervisión y vigilancia requeridas (art. 31 bis 4). En segundo lugar, distingue la exención de responsabilidad cuando el delito se cometa por representantes legales o por quienes tienen facultad de organización y control en la persona jurídica de cuando se comete por quienes están sometidos a las personas anteriores. En el primer caso dirá que la misma es posible con los requisitos del apartado 2 (donde incluye el organismo autónomo de supervisión). En el segundo dirá que es posible cuando se disponga de un modelo de organización y gestión que no tiene por qué incluir dicho organismo (apartado 5, y a pesar de lo que se dice en el subapartado 5.4º, que se interprete como se interprete no «requiere» la existencia de organismo autónomo).

Parece evidente que si se pretende que sea eficaz, el órgano, que en definitiva lo es de control, ha de tener la mayor autonomía posible. Y ello será más factible cuanto más directamente dependa del máximo órgano de administración de la empresa (dicha dependencia no puede evitarse). De sujeto jerárquicamente inferior al administrador con posición similar a la del alto directivo hablará algún autor¹¹; de alto responsable de cumplimiento hablarán otros¹².

Un órgano de cumplimiento (colectivo o unipersonal) debiera depender directamente de quien asuma la dirección empresarial efectiva. Sólo así será capaz de controlar la actuación de todos los departamentos, la actuación de todos los responsables de organización, control y representación de la entidad. Por expresarlo gráficamente, cuando en el organigrama de la empresa más directamente se pueda vincular la rama que represente al órgano de cumplimiento con la cúspide del mismo, más garantías habrá de auténtica autonomía, imposible plenamente al insertarse el órgano en la propia estructura de la empresa. Nunca podrá ser independiente del Consejo de administración (o de quien asuma su función), como puede entenderse pretende la regulación italiana, porque ni en la normativa española existe un órgano público autónomo de control, ni una estandarización oficial que permita el control por profesionales internos o externos. Téngase en cuenta que la propia normativa penal permite que la función de supervisión del cumplimiento del modelo preventivo pueda ser asumida por el órgano mismo de administración. Y así lo entiende también la Circular de la Fiscalía 1/2016. Téngase en cuenta también que cuando se habla de Protocolos de prevención o de Modelos de organización y gestión preventivos de delitos acostumbra a pensarse en sociedades cotizadas o, al menos en la gran empresa (volumen de operaciones superior a algo más de seis millones de euros), y no, por ejemplo, en sociedades unipersonales de responsabilidad limitada. Pero también éstas requieren (sin exigencia de obligatoriedad, porque el Modelo no es preceptivo) un control de riesgos penales.

Esto no quiere decir, como en ocasiones se ha entendido, que en personas jurídicas de pequeñas dimensiones no deba existir órgano de cumplimiento alguno o que para excluir la responsabilidad de delitos cometidos por empleados y no por directivos tampoco sea necesaria su exigencia. Desde el momento en que exista un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir delitos ha de existir un órgano de control encargado de su cumplimiento; otra cosa es que este órgano no tenga por qué ser diferente del órgano de administración (que también puede serlo de cumplimiento). Pero es que cuando sí lo sea (en grandes empresas y para garantizar el control de administradores y altos directivos), el mismo órgano de supervisión a que se refiere el art. 31 bis 2.2ª podrá realizar el resto de tareas de control del funcionamiento del modelo de gestión: esto es, podrá asumir la responsabilidad del cumplimiento. No se necesita¹³, como pretende algún autor, y a ello se aludía antes, un órgano de supervisión (que controle la actuación de altos directivos) y un órgano de cumplimiento (que controle otro tipo de actuación). Un responsable de cumplimiento --un órgano de cumplimiento-- debe existir (o, mejor, es deseable que exista, en cuanto no hay obligación legal salvo en los supuestos administrativos expresamente así regulados)¹⁴ y da igual cómo se articule su funcionalidad: actuación única, actuación conjunta con un órgano de supervisión diferenciado (no

necesaria), actuación conjunta con otros órganos de control de riesgos, con comités de ética, etc. o incluso actuación incluida (en entidades de pequeña dimensión) en lo que es la administración de una empresa.

Lo que sí se ha de garantizarse es que, al margen de la dependencia que pueda tener, según los casos, el órgano posea «poder de iniciativa y de control», capacidad de acceso a todo tipo de información y documentación de la entidad, capacidad para desarrollar autónomamente investigaciones internas y capacidad para practicar todo tipo de prueba que pueda entender necesaria para comprobar la eficacia del modelo preventivo adoptado.

En relación con la posibilidad de externalizar el control de las medidas de prevención de delitos, de entrada ya hay que señalar que el Código exige en el art. 31 bis 2.2ª que la supervisión se realice por un «órgano de la persona jurídica»; lo exige para la gran empresa y en relación al control de las actuaciones de altos directivos. Así lo recuerda la Fiscalía. La externalización sí será posible en el resto de casos. Pero tanto en uno como en otros será posible el recurso a expertos externos (incluso para la propia redacción del Modelo de organización y gestión) por el conocimiento específico en la materia que pueden tener.

III. ACTUACIÓN DEL ÓRGANO DE CUMPLIMIENTO

La actuación del Órgano de cumplimiento sólo puede entenderse explicando lo que implican sus poderes autónomos de iniciativa y control y su obligación de supervisión, vigilancia y control en relación con el correcto funcionamiento del modelo adoptado por la entidad para prevenir delitos.

1. Autonomía

Como se acaba de señalar, la dependencia que tenga el Órgano de cumplimiento del órgano de administración correspondiente no impide que deba exigirse a la persona jurídica que le conceda autonomía plena en ejercicio de su labor. Como señala el Código, «poderes autónomos» de iniciativa y de control (art. 31 bis 2.2ª).

Esto ha de implicar total capacidad para poder realizar actuaciones al margen incluso de intereses que pueda tener la entidad ajenos a lo que sea la eficacia del modelo de organización y gestión adoptado. Capacidad para actuar con criterios propios y deudores únicamente de la correcta ejecución de dicho modelo. Capacidad para poder soportar presiones incluso del propio órgano de dirección. Capacidad para prescindir de toda instrucción que se pueda recibir y que vaya en detrimento de una correcta supervisión.

Para ello es necesario, en primer lugar, garantías laborales que aseguren una posición reforzada de quienes formen parte del Órgano: por ejemplo, con mandatos determinados de duración no susceptibles de reducción temporal salvo por causas de revocación legítimas, tasadas y reflejadas documentalmente, garantías frente a posibles despidos (no sólo improcedentes, sino también objetivos), cobertura jurídica de la propia entidad en caso de que se necesite.

Es necesario, en segundo lugar, que se le dote económicamente de forma adecuada para garantizar apoyos administrativos, informáticos y operacionales y equipamientos. Siempre en el contexto de las posibilidades de la entidad en la que se presta el servicio.

En tercer lugar, es necesario que se garantice funcionalmente su actuación. Esto es, que se le sitúe dentro de la entidad en una situación que le permita realizar investigaciones, obtener pruebas, verificar controles, etc., sin traba alguna, sin necesidad de autorizaciones expresas y sin conflictos competenciales con otras direcciones o jefaturas.

Cuáles sean las decisiones concretas que se tomen al respecto es algo que dependerá del tamaño de la persona jurídica, de su compromiso preventivo, de su cultura de cumplimiento¹⁵.

2. Funciones

Lo primero que hay que señalar es que el Órgano de cumplimiento no lo controla todo. Y no lo hace, en primer lugar y sobre todo, porque él no tiene que estar en lo que es la dinámica económica (productiva o de servicios) diaria de la empresa. En segundo lugar, porque no es un responsable de prevención de riesgos (de la naturaleza que sea, ambiental, laboral, financiera, etc.). Finalmente, porque, y es algo que no puede olvidarse, va a actuar siempre (en nuestro actual modelo y a salvo de posibles reformas que estandaricen, protocolicen, externalicen y vinculen a organismos oficiales su actuación) por esa delegación que supedita la toma de decisiones ejecutivas al órgano de dirección correspondiente.

Es necesario insistir en ello: el órgano de cumplimiento no es quien adopta el modelo de organización y gestión idóneo para prevenir delitos. Lo adopta el órgano de administración o quien asuma la dirección de la entidad (p. ej., socio unipersonal). Que además no sólo lo adopta, sino que también es quien debe ejecutarlo. Así lo exige explícitamente el art. 31 bis 2.1ª.

El Órgano de cumplimiento lo que hace es vigilar su correcta ejecución, alertando de riesgos, notificando incumplimientos e informando de posibles déficits que hagan ineficaz o deficitario el modelo adoptado. Y ha de exigírsele que, en tal sentido, realice propuestas de mejora del diseño aprobado por la persona jurídica. Siempre atentas a la evolución legislativa y jurisprudencial en materia penal en un proceso de actualización permanente. Por supuesto, lo que sí será posible, como señala la Circular de la Fiscalía, es que «participe» en la elaboración del modelo preventivo (bien directamente, bien a través de su contacto con aquellas personas a quienes se haya podido externalizar la redacción del documento de organización y gestión de prevención de delitos) o que incluso redacte el texto que incorpore el modelo, que habrá de someter al órgano con capacidad para adoptarlo.

Aceptado como óptimo el diseño propuesto por la entidad, originario o modificado en base a las propuestas correctoras que sigan a la comunicación de los déficits detectados, sus funciones serán en síntesis dos¹⁶.

En primer lugar, la de conseguir la mayor difusión del modelo favoreciendo su implementación real, informando, formando y asesorando. Y, en segundo lugar, la de vigilar el seguimiento del modelo, comprobar su cumplimiento y denunciar riesgos o infracciones. Esto es asegurar su eficacia.

Como se ha señalado, establece el art. 31 bis 2.2ª que el órgano de cumplimiento tendrá poderes de iniciativa y control para «supervisar» («vigilar», dice el apartado 5.4º) el funcionamiento y cumplimiento del Modelo.

Cabe distinguir lo que es la vigilancia, supervisión o seguimiento del funcionamiento del modelo de gestión preventivo de lo que es el control de su cumplimiento, que también tiene que desarrollar.

La idea de supervisión hace referencia, por una parte, a la comprobación de la actualidad normativa del protocolo (teniendo en cuenta las reformas legislativas que se vayan produciendo con incidencia penal), su adecuación a la actividad empresarial y su vigencia en relación con la distribución de funciones y la estructura orgánica de la persona jurídica. Por otra, al modo en que se implementan mecanismos de actuación dentro de cada departamento para un correcto funcionamiento.

Pero, téngase en cuenta que, al igual que no puede exigírsele a él la adopción del modelo de gestión, tampoco puede exigírsele la adopción de medidas ejecutivas que garanticen dicha eficacia; él no se ocupa de la ejecución de aspectos concretos de cumplimiento porque no tiene (o, mejor, puede no tener) competencias ejecutivas, que en su caso requerirían la compatibilización con otro cargo de responsabilidad ejecutiva¹⁷: así, cuando la labor de cumplimiento se asigne a un órgano de administración del máximo rango.

Y, como antes se decía, el Órgano de cumplimiento no lo controla todo. Su función preventiva ha de asociarse únicamente a la del buen desarrollo del Modelo en lo que concierne a la adopción de

medidas idóneas para prevenir delitos y evitar la responsabilidad de la persona jurídica por su comisión. A ello hay que referir únicamente la idea de control. Pero no es quien tiene que controlar los niveles de emisión contaminante, los metros contruidos en relación con la máxima densidad permitida o que el trabajador disponga de un entorno ambiental que garantice una salud laboral adecuada. El Órgano de cumplimiento tendrá que advertir si hay protocolos de actuación que garanticen comportamientos idóneos para evitar responsabilidades penales y tendrá que comprobar la información facilitada al efecto. Pero si a él se le dice por quien tenga capacidad y competencia para ello que el nivel de concentración de nitratos, fenoles o fósforo por litro de agua es o no el aceptable, ejecutará correctamente su función advirtiéndole que si no es así se podrá incurrir en un delito contra la salud o contra el ambiente y controlando que ello no ocurra. Él no tiene que prevenir riesgos, tiene que garantizar que no se lleven a cabo conductas que el modelo entiende no son adecuadas para evitar los mismos, trabajando, eso sí, conjuntamente con quien tenga la responsabilidad del resto de protocolos preventivos de la entidad, que habrán de reportarle las actuaciones que se llevan a cabo en cada ámbito, investigando y, en su caso, denunciando --con posible propuesta de sanción interna--, los déficits detectados.

La conveniencia de la responsabilidad penal de los partidos políticos¹⁸

Joan Baucells Lladós

Profesor Titular de Derecho Penal

Universitat Autònoma de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN

Recuerdo exactamente cuándo lo conocí. Todavía como estudiante de los últimos cursos de la licenciatura de derecho y seducido ya por el derecho penal, recorrí toda la geografía española para asistir a cursos y congresos de derecho penal. Los cursos de verano de la Universidad de Cádiz, celebrados en San Roque, eran una cita obligada. Fue en ellos, un julio de 1991, donde lo escuché hablar y empecé a conocer el irónico humor y la inteligencia de Juan Terradillos. Desde entonces ha constituido uno de los referentes profesionales e intelectuales de mi trabajo universitario. En cualquier tema de investigación en el que iba adentrándome, descubría alguna interesante opinión suya publicada previamente. Me sucedió con mi tesis sobre la delincuencia por convicción¹⁹. Más tarde con el ejercicio a la plaza de profesor titular²⁰. Por supuesto, posteriormente, cuando me tocó jurar lealtad medioambiental en el grupo de investigación de la Universitat Rovira i Virgili²¹. Y hasta la actualidad, en los más recientes proyectos de investigación que estoy realizando en la Universitat Autònoma de Barcelona.

Últimamente he venido prestando mi atención al estudio de los mecanismos de prevención y control de la corrupción en la actividad de los partidos políticos. Su ambiguo estatus, situado entre lo público y lo privado, ha sido estratégicamente utilizado como se ha querido tanto para maximizar ventajas como para minimizar controles. Su reconocimiento constitucional como «*instrumento fundamental para la participación política*», otorgándoles funciones públicas de «*formación y manifestación de la voluntad popular*» (art. 6 CE) se ha constituido como el argumento *de iure* --avalado por el Tribunal Constitucional--²² que los propios partidos han utilizado para disfrutar de un sistema privilegiado de subvenciones públicas²³ y exenciones fiscales²⁴. Sin embargo, por lo que respecta a sus mecanismos de control, han hecho prevalecer su carácter de asociación privada que permite y asegura el menor grado de control y de intervención estatal sobre los mismos. De otro lado, su prominente posición dentro del sistema institucional, su relación privilegiada con el Estado, que los acaba convirtiendo a la vez en legislador y objeto de regulación, les ha permitido *de facto* diseñar el sistema de ventajas así como el diseño de los mecanismos de control que han deseado. En este estatus jurídico particular han acabado por no someterse ni a la legislación mercantil, ni al derecho administrativo general. El resultado de todo ello es que los partidos españoles se han venido excluyendo de cualquier mecanismo eficaz de control público, delegándose en los últimos tiempos a mecanismos de

autorregulación privada, que son también prácticamente inexistentes. Recientemente se ha pretendido colmar la laguna de control con el refuerzo del control judicial y, más concretamente --qué casualidad!--, del «control judicial penal». En efecto, a través de la LO 7/2012, de 27 de diciembre los partidos políticos desaparecieron de la lista de entidades excluidas de responsabilidad penal.

El profesor Terradillos se mostró en su momento muy crítico con esta reforma considerando que ello reportaba una serie de «riesgos e inconvenientes»²⁵. Me gustaría aprovechar la ocasión de la publicación de este libro para brindarle este merecido homenaje reflexionando sobre las razones que él aducía. Haber podido contar durante todo este tiempo con el rigor profesional e intelectual del profesor Terradillos y, sobre todo, de su profundo sentido crítico ha sido, sin duda, un estímulo para mi trabajo como universitario. Haber podido contar, además, con su afecto, cariño, complicidad y amistad ha sido un auténtico privilegio.

II. RIESGOS E INCONVENIENTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

1. La inconveniencia por el interés y la función constitucional que desarrollan

Las funciones públicas y constitucionales de «*expresión del pluralismo político, formación y manifestación de la voluntad popular y participación política*» (art. 6 CE) que desarrollan los partidos ha venido tradicionalmente siendo el principal argumento para aparecer excluidos del listado de entes responsables penalmente²⁶. También lo consideró TERRADILLOS quien llegó a afirmar que si se deseaba mantener un mínimo de coherencia valorativa y política, no se podía excluir la responsabilidad criminal de sujetos asociativos o institucionales en razón de los intereses generales que representan y exigírsela a partidos que, constitucionalmente, tenían atribuidas funciones de interés superior²⁷. Además, cuando se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas [desde ahora RPPJ] en la primera versión de 2010 existió un amplio consenso en que mientras las personas jurídicas del derecho privado podían incurrir en responsabilidad penal, no lo podían hacer las personas jurídicas de derecho público --representantes del Estado-- bien porque el Estado no puede castigarse a sí mismo²⁸, bien por exigencia del principio de división de poderes.

Sin embargo, considero que no existe en estas entidades de naturaleza asociativa privada ningún elemento que permita *formalmente* discriminarlas de otros entes privados sin ánimo de lucro que están sujetos a responsabilidad penal. Jurídico-formalmente los partidos políticos no dejan de ser asociaciones como recuerda el preámbulo de la LO 6/2002, de 27 de junio de partidos políticos que se refiere a ellos como «*entes privados de base asociativa*» o «*asociaciones políticas*». Por otra parte, también ha sido de esta opinión el propio Tribunal constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al reconocer que «*los partidos políticos son formas asociativas que se enmarcan dentro del ámbito de protección del derecho de asociación*»²⁹.

Por lo que se refiere al *fundamento material* de la discriminación, ciertamente los partidos políticos desarrollan algunas funciones públicas de una relevancia constitucional indiscutible, pero también desarrolla muchas otras que se mueven en el ámbito estrictamente privado e incluso mercantil. Y en esa actividad privada, la realidad de las hemerotecas y la crónica judicial de este país se empeñaban a demostrar que los partidos políticos españoles podían cometer delitos contra intereses generales. Precisamente por ello, con anterioridad a la reforma de 2012, algún autor incluso llegó a plantear una interpretación teleológica del artículo 31 bis que restringiera la exclusión de la responsabilidad penal de los partidos sólo cuando actuaran «*hacia el exterior*», esto es, cumpliendo su fin constitucional y entendiendo que si se les llegara a exigir responsabilidad criminal en estos casos, se pondría en peligro la división de poderes y se privaría a la sociedad de su cometido constitucional. Pero no podría decirse lo mismo cuando los partidos actuaran «*hacia el interior*», esto es, para hacer posible su propio funcionamiento o financiación³⁰. Pero además, la exclusión de los partidos del listado de entes responsables penalmente podía llegar a generar un conflicto respecto a la implementación de la normativa comunitaria, que no la preveía en absoluto. A partir del tenor literal de las Directivas y Decisiones Marco donde sólo se excluía de responsabilidad a «los Estados, los organismos públicos

que actúen en el ejercicio de la potestad del Estado y de las organizaciones internacionales públicas» y del concepto de «Estado» manejado por el Derecho comunitario y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, algún autor no sólo criticó al legislador español por haber implementado mal la normativa europea, sino que llegó incluso a plantear el efecto directo vertical u horizontal por parte de los ciudadanos perjudicados por la actividad delictiva de los partidos³¹.

2. El riesgo de utilización política

En otro orden de consideraciones TERRADILLOS llamaba la atención sobre «*el riesgo de ampliar la intervención criminalizadora en ámbitos especialmente sensibles, como el de la libertad de actuación política --que en democracia deben ser potenciados y no restringidos--*»³². Sin duda, la crisis de calidad democrática por la que atraviesa en estos momentos España y el abuso con fines políticos de los agentes e instrumentos jurídicos --especialmente los penales-- reflejan la gravedad de estos riesgos. Sin embargo, es verdad que --tal y como destaca el propio autor-- el *numerus clausus* del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante, RPPS) no recoge expresamente responsabilidad penal por delitos que puedan cometerse en el ejercicio de la actividad institucional de un partido político como la manifestación, la huelga, la libertad de expresión, la participación política. Los delitos contra el honor, el orden público, etc. están fuera del catálogo de delitos susceptibles de atribución de esta responsabilidad. Además, difícilmente estos delitos se cometerán «*en nombre o por cuenta de las mismas y en su beneficio directo e indirecto*» tal y como exige el artículo 31 bis CP.

De lo que se trata es de no perder de vista que la RPPS va referida a la prevención de la criminalidad económica y la corrupción³³ para con ello, no ampliar los supuestos de RPPJ a tipos delictivos que superen este ámbito. Además no debe olvidarse que la pena ritual en el sistema de RPPJ es la pecuniaria, debiéndose tener en cuenta para la imposición de las penas más aflictivas (disolución del partido, suspensión temporal de sus actividades, inhabilitación para subvenciones...): a) la necesidad para prevenir la continuidad delictiva o sus efectos; b) sus consecuencias económicas o sociales y c) el puesto que en la estructura ocupe la persona física u órgano que incumplió el deber de control (art. 66 bis CP)³⁴. En definitiva, si un partido en lugar de tener decenas de miembros investigados por corrupción, los tuviera condenados, no se alcanza a ver porqué un juez penal no los podría disolver como otros partidos se han refundado voluntariamente cuando se han visto salpicados por casos similares.

3. La inconveniencia por existir otros instrumentos penales

Añadía nuestro homenajeado que la amplitud del tipo básico de asociación ilícita (art. 515.1 CP) hacía desaconsejable la expansión que impone el art. 31 bis. Sin olvidar que esa amplitud se superpone a los preceptos que definen y castigan los delitos de organización y grupo criminales (art. 570 CP). Según TERRADILLOS «*no existían pues, antes de la LO 7/2012, lagunas normativas que impidieran la persecución penal de asociaciones u organizaciones que, bajo la forma de partidos políticos o sindicatos, persiguen objetivos delictivos*»³⁵.

A estas alturas de la implementación de la RPPJ existen interesantes aportaciones doctrinales que permiten delimitar los ámbitos de aplicación de estas tres instituciones justificando la necesidad de introducción de la RPPJ para colmar ciertas lagunas o incluso dar una respuesta político criminal más coherente. En este sentido se ha concluido que se trata de tres sistemas sancionadores para tres supuestos de hecho diferentes. En los supuestos de «asociación» y «organización criminal» --pese a tener en común las características de pluralidad de personas; integradas en una estructura organizativa; más o menos estable o permanente; con la finalidad original o sobrevenida de comisión de delitos-- la diferencia será que en aquellos casos en los que se combine paralelamente una actividad lícita con otra que no lo es deberá aplicarse el art. 515.1 CP. Pero, de ser ilícita toda o la gran parte de la actividad llevada a término por la asociación, en tal supuesto merecerá el calificativo de organización criminal del art. 570 CP³⁶. Mientras en ambos casos se sanciona un programa criminal, una previsión futura de comisión de delitos, que ni siquiera tiene que ejecutarse, en el

sistema de RPPJ del art. 31 bis CP se condena a la persona jurídica porque determinadas personas físicas llegan a perpetrar un hecho delictivo, en beneficio del partido, por la existencia de un defecto de organización en la estructura³⁷.

Precisamente, la introducción del art. 31 bis CP para estos supuestos permite evitar el disparate de imponerle la única consecuencia prevista para la organización o asociación criminal: la disolución del partido, por el hecho que determinadas personas físicas lleven a cabo la comisión de algún ilícito penal en beneficio del partido aprovechando un defecto de organización del mismo³⁸.

4. El carácter eminentemente simbólico de la medida

El último argumento es que la única razón expresada por el legislador para su introducción ha sido, no tanto el de luchar contra la impunidad de los partidos, sino contra la «*percepción social de impunidad*» y, en ello, interpreta TERRADILLOS que el legislador «*una vez más se decanta por una respuesta penal eminentemente simbólica*»³⁹. En este argumento coincido con él en que esta reforma representa un ejemplo más de la tendencia a recurrir al derecho penal para desarrollar determinados efectos comunicativo-sociales --en este caso de hacer todo lo posible por luchar contra la corrupción-- por encima de las legítimas funciones instrumentales de prevención⁴⁰. Y también en que, al hacerlo, el recurso al derecho penal sirve de coartada para no profundizar en otros mecanismos de control formales --o incluso informales-- que pueden llegar a ser más eficaces que el derecho penal⁴¹.

Sin embargo creo que la introducción de la responsabilidad penal de los partidos políticos puede llegar a desarrollar ciertas funciones instrumentales de prevención delictiva que, por sí solas ya justificarían esta novedad. En primer lugar, la relación privilegiada que los partidos en España mantienen con el poder legislativo y la Administración⁴² sitúa al poder judicial --y en concreto, al penal-- probablemente como el más independiente, imparcial y eficaz para el control de su actividad. Además, su correlativa eximente de responsabilidad penal por contar con modelos de organización y gestión para prevenir delitos --los llamados «programas de cumplimiento»-- (art. 31 bis 2 CP)⁴³ abren una oportunidad para desarrollar la lógica *compliance* dentro de estos entes lo que se insinúa como la segunda de las ventajas. La criminalidad dentro de estas estructuras no es sólo un problema de «manzanas podridas» como algunos pretenden. Se explica por aspectos estructurales, fundamentalmente por una anomia de valores de cumplimiento de la legalidad y por la ausencia de mecanismos de control dentro de estas estructuras, déficits frente a los cuales estos mecanismos internos (códigos éticos, protocolos, canales de denuncia, sanciones disciplinarias,...) podrían ser mucho más eficaces incluso que el derecho penal. Si las causas de la corrupción en los partidos pueden ser parecidas a las de la criminalidad dentro de las empresas⁴⁴, debería avanzarse aprovechando la experiencia de los programas de cumplimiento empresarial, adoptándolos a la naturaleza de los partidos políticos.

Por otra parte, en un contexto tan deficiente de autorregulación como el de los partidos políticos, la introducción de su responsabilidad penal --y sobre todo, la de su exención por contar con «programas de cumplimiento»--⁴⁵ puede promover la implementación de los mecanismos de prevención y reacción de la actividad delictiva en su interior. En otras palabras, puede servir de oportunidad para que los partidos políticos, definitivamente implanten una cultura de cumplimiento normativo en su interior y ayuden al Estado en la tarea de prevenir, detectar y sancionar los comportamientos delictivos que tienen lugar en su sede. Algo parecido ha sucedido en las grandes empresas españolas con la introducción de la responsabilidad penal desde la reforma penal del 2010. Aunque no haya dado lugar a demasiadas sentencias, la mayoría de ellas han implantado ya programas de cumplimiento⁴⁶. Si los partidos políticos quieren evitar su responsabilidad penal deberán introducir elementos no existentes mayoritariamente hasta el momento y que el código penal considera requisitos necesarios para que los programas de cumplimiento puedan desarrollar un efecto eximente, a saber: el nombramiento de un órgano o responsable de cumplimiento con poderes autónomos de

iniciativa y de control (art. 31 bis 2,2ª); un buen diseño de mapa de riesgos delictivos (art. 31 bis 5,1ª); diseño de protocolos o procedimientos de prevención de delitos (art. 31 bis 5,2ª) entre los cuales destacaría la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos, así como el diseño de mecanismos de denuncia (art. 31 bis 5, 4ª). Además, la exigencia de que estos mecanismos, para eximir de responsabilidad penal, sean eficaces, implica que deban mejorarse los dos únicos existentes: códigos éticos y auditorías contables internas.

Esto nos llevaría a una última conclusión. En un contexto de desafección de la ciudadanía respecto a los partidos, la implementación de estos modelos de cumplimiento dentro de los partidos trascendería las consecuencias penales. No sólo les permitiría gozar del valor reputacional que pueden llegar a otorgar estos instrumentos, sino que también deberían utilizarse como una oportunidad para avanzar en la tan necesitada democratización del funcionamiento interno de los partidos. En ese sentido ya hemos desarrollado como se debería avanzar hacia un modelo de «contabilidad comunicacional» y de «elaboración participativa» de todos estos instrumentos⁴⁷.

Ahora bien, para que estas funciones instrumentales o materiales puedan imponerse plenamente a las comunicacionales o simbólicas sería necesario que nuestros tribunales reconsideraran el modo cómo ha venido siendo interpretado y aplicado el art. 31 bis CP. Sólo así creo que podemos superar el último de los riesgos apuntados por nuestro amigo. Muy sucintamente, quiero referirme a (1) la atribución de la carga de la prueba de la eximente a la acusación y (2) a los peligros de cómo se valore la eficacia de los mismos para otorgarles efecto eximente.

4.1. La carga de la prueba de la eficacia de los modelos de gestión y control internos

El Tribunal Supremo considera que la concurrencia de esta eximente excluye «*el tipo objetivo, (...) puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física*». La consecuencia práctica trascendental de esta interpretación es que la acreditación de la inexistencia de modelos de organización y gestión eficaces corre a cargo de la acusación⁴⁸. El principal problema de esta jurisprudencia --ya advertido por la doctrina--⁴⁹ es que si la acusación no es capaz de demostrar la ausencia de medidas eficaces de prevención de delitos, no se llegará a abrir la causa penal o, de abrirse, ésta puede quedar sobreesida en un estadio muy temprano de las diligencias de investigación, por no ser el hecho penalmente relevante. Y ello conducirá a la práctica inaplicación de condenas penales, ante la dificultad que las acusaciones desde fuera y sin los conocimientos del funcionamiento interno de las empresas tendrán para demostrar la ineficacia de las medidas.

Creemos que no sería deseable que se consolidara jurisprudencialmente este criterio. Sobre todo, porque ni dogmática, ni atendiendo al tenor literal de la regulación propuesta por el código penal es inevitable llegar a esta conclusión. Más que en la exclusión de la tipicidad del hecho, la culpabilidad o la punibilidad⁵⁰, considero dogmáticamente posible y preferible que la eximente se fundamente más bien en la exclusión del *injusto* por ausencia de «*defecto de organización*»⁵¹. Y, en cualquier caso, coincidimos con los votos particulares de la Sentencia aludida en que «*lo cierto es que el Legislador establece expresamente esta exención, y la configura en unos términos muy específicos, cuya concurrencia deberá comprobarse en cada caso*». No hay por ello razón «*que justifique alterar las reglas probatorias aplicables con carácter general para la estimación de circunstancias eximentes, imponiendo que en todo caso corresponda a la acusación la acreditación del hecho negativo de su no concurrencia. No se exige en un homicidio que el Ministerio Fiscal acredite sucesivamente que no concurre legítima defensa, ni estado de necesidad, ni miedo insuperable, salvo que alguna de estas circunstancias se haya alegado expresamente y conste una base razonable para su apreciación*». En cuanto pretensiones obstativas de la responsabilidad, y una vez acreditada la concurrencia de los elementos integradores del tipo delictivo objeto de acusación, corresponde a quien las alega aportar una base racional suficiente para su apreciación, y en el caso de que no se constate su concurrencia, la consecuencia no es la exención de responsabilidad penal sino la plena asunción de la misma (STS 1068/2012, de 13 de noviembre, entre otras muchas)».

4.2. La valoración del carácter *eficaz* de estos programas

Existe una segunda cuestión importante para acabar de valorar la aplicabilidad práctica de la RPPJ y sobre la cual la jurisprudencia no se ha pronunciado todavía, a pesar de ser una cuestión que la doctrina viene considerando clave para aplicar la eximente⁵². Nos referimos al criterio que debe utilizarse para valorar si se han adoptado y ejecutado de forma *eficaz* modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. Que la introducción de la responsabilidad penal de los partidos políticos se haga en un contexto tan proclive históricamente a legislar y ejecutar lo legislado a favor de los partidos, invita a sospechar que los programas de cumplimiento acaben siendo simplemente cosméticos y funcionen automáticamente a modo de «seguros» contra la responsabilidad penal⁵³.

Por supuesto existe consenso en desechar la prueba de su validez sólo sobre el papel. No bastará con que el partido político nombre a un responsable de cumplimiento, se dote de códigos éticos o de protocolos. Se debe tratar de un programa de cumplimiento *específico*. Es decir, específicamente diseñado para el concreto mapa de riesgos de las actividades del partido, que tenga en cuenta sus dimensiones, su tipo de actividades así como su concreto historial. A partir de ahí, creo que deben añadirse dos criterios más⁵⁴.

En primer lugar, la eficacia de los modelos de organización y gestión debe ser contextualizada *sólo respecto a la actividad y a las lagunas organizativas concretas implicadas en el delito*, dejando al margen el resto.

Y, por último, debería hacerse un juicio de eficacia desde una *perspectiva ex ante*, situándose en el momento previo a la comisión del delito y verificando si el modelo era adecuado a la luz del contexto técnico y legislativo del momento. Este último criterio nos conduce a la valoración de una suerte de diligencia debida y, con ella, a una reflexión final. Como ha sucedido con las personas físicas, el estándar de la diligencia debida en los partidos políticos se irá conformando a través de normas administrativas (como va sucediendo, p. ej, con la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*), estándares establecidos en pactos éticos entre partidos; pero, sobre todo, deberá valorarse a través de una directriz abstracta fijada por el juez penal respecto a cómo debería organizarse un partido político cuidadoso en el sector de la actividad enjuiciado. Con ello llegamos a la reflexión final. Consideramos que las incipientes certificaciones que empiezan a aparecer sobre los programas de cumplimiento penal no serían suficientes para demostrar esta eficacia⁵⁵. Esta es la opinión de la Fiscalía General del Estado⁵⁶ y creemos que debería ser la que se impusiera si no queremos amputar las posibilidades de que la responsabilidad penal de los partidos políticos pueda desarrollar unos mínimos efectos preventivos.

Para concluir, sin declararme un ferviente defensor de la responsabilidad «penal» de las personas jurídicas, considero que una vez consolidada en nuestro texto punitivo puede acabar por desarrollar interesantes efectos preventivos dentro de los partidos. Sólo espero que ni la irracionalidad del legislador, la instrumentalización del derecho penal por parte de los partidos y la no rectificación de la jurisprudencia acaben dando la razón a los riesgos e inconvenientes denunciados en su momento por nuestro estimado compañero.

Sobre las inconcebibles naturaleza y función penales y sancionatorias de las erróneamente denominadas «penas», medidas de seguridad «penales» u otra especie de sanciones «penales» aplicables a personas jurídicas

Luis Gracia Martín

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Zaragoza

Con todo agrado me sumo al merecido homenaje que se le tributa a Juan Terradillos Basoco con este *Liber Amicorum*. Juan Terradillos es un universitario ejemplar dedicado rigurosamente y en exclusiva a la investigación y a la docencia, y además un entrañable amigo. En su rica y versátil producción ha abordado y tratado en profundidad en el horizonte de la democracia y del Estado de Derecho, y con las reglas del método jurídico, casi todas las cuestiones más problemáticas y controvertidas de la política criminal de nuestro tiempo, y se ha situado así en la vanguardia de un pensamiento crítico orientado al control y limitación del poder punitivo por el Derecho.

I. INTRODUCCIÓN

1. Partiendo de la tesis absolutamente correcta e inobjetable de que la persona jurídica no puede ser sujeto penalmente responsable ni criminalmente peligroso, y por esto tampoco tratada con penas ni medidas de seguridad, Terradillos ha afirmado acertadamente que el supuesto de hecho que fundamenta las posibles consecuencias jurídicas aplicables a aquella por delitos que cometen quienes actúan en su lugar, está constituido por «la llamada peligrosidad objetiva de la entidad», y con idéntico acierto ha definido a esta como «probabilidad de que las estructuras e instrumentos societarios provoquen la actuación criminal de los sujetos individuales»⁵⁷. A las consecuencias aplicables, mientras el CP 95 --como sus anteproyectos y proyectos-- las denominó y clasificó como «accesorias», las llamó «otro tipo de consecuencias jurídico-penales»⁵⁸, y después de que la reforma de 2010 las convirtiera nominalmente en «penas», se ha referido a ellas con esa denominación legal⁵⁹, pero no se ha pronunciado expresamente sobre su naturaleza jurídica específica en sentido material. Si Terradillos entendiera que materialmente son consecuencias *penales* o *sancionatorias* de cualquier especie, en mi opinión esto resultaría incongruente con el supuesto de hecho en que las fundamenta correctamente, pues la «peligrosidad objetiva de la entidad» no puede ser pensada nada más que como un «estado objetivo» (de la organización) que únicamente puede ser subsumido en el concepto categorial de «injusto objetivo», y este en ningún caso puede ser fundamento de consecuencias de ninguna especie de aquella clase.

2. Sobre lo dicho ya me he pronunciado extensamente con numerosos y detallados argumentos en otros lugares: solo puede fundamentar una pena --o una sanción de cualquier especie-- un hecho subsumible en el concepto categorial de injusto *personal*, es decir, uno constituido por la realización u omisión de una acción contrarias a una norma de *determinación* (de conducta) precisamente y solo por el sujeto a quien deberá aplicarse la pena o sanción⁶⁰. Por esto, las consecuencias aplicables a personas jurídicas, se las mire por donde se las mire, no son ni podrían ser en absoluto penas ni medidas de seguridad, como sostiene equivocadamente un sector minoritario de la doctrina⁶¹, y tampoco, como pretende otro sector doctrinal, «otra» especie de *sanciones* diferentes de aquellas que, sin embargo misteriosamente, sí serían *penales*⁶². En esta contribución, me limitaré a exponer sucintamente la inconsistencia de todos y cada uno de los argumentos con que se pretende fundamentar alguna naturaleza penal de las consecuencias aplicables a personas jurídicas por delitos cometidos por quienes actúan en su lugar.

II. LAS CONSECUENCIAS APLICABLES A PERSONAS JURÍDICAS NO SON NI PODRÍAN SER PENAS NI SANCIONES DE NINGUNA OTRA ESPECIE, NI POR SUS FUNDAMENTOS NI POR SUS FINES

1. La mayor parte de quienes creen poder tratar a la persona jurídica con consecuencias penales comparten el argumento de los supuestos fines penales de estas y otros de carácter formal, y discrepan entre sí en cuanto a los fundamentos y la específica naturaleza --en todo caso «penal»-- de aquellas. Pero todos los argumentos que esgrimen son tan débiles que no resisten ni el más ligero sople crítico. De los mismos me he ocupado extensamente en un artículo crítico sobre las consecuencias accesorias⁶³, pero todo lo razonado en él es idénticamente válido con respecto a las ahora llamadas por el CP «penas» aplicables a personas jurídicas, pues esta mera conversión «nominal» no ha cambiado absolutamente nada en los argumentos tanto compartidos como privativos de ambos sectores doctrinales.

a) Algunos de quienes se empeñan en presentar a las consecuencias aplicables a personas jurídicas como unas de carácter penal, creen que esto *tiene que ser así porque* todo lo concerniente a ellas se desenvuelve y tiene lugar en un contexto penal: están reguladas en el Código *penal*, son consecuencias *del delito*, se imponen en un proceso *penal* y por un órgano judicial *penal* en una sentencia *penal*, y por si todo eso fuera poco, consisten materialmente en *privaciones o restricciones de bienes y derechos* (de la persona jurídica)⁶⁴—. Sin embargo, de todos esos datos absolutamente ciertos, lo único que en principio se deriva es una mera y simple *apariencia* de que podría tratarse de consecuencias penales, que con la mera invocación de aquellos datos no puede ser convertida en certeza si se tiene en cuenta que esos mismos datos están presentes en otras consecuencias jurídicas que, como es el caso de la responsabilidad civil y de las costas procesales, a nadie se le ha ocurrido --al menos hasta ahora-- atribuirles carácter y naturaleza «penales»⁶⁵—. Y a mayor abundamiento, como lo advierte Huergo Lora, el ordenamiento jurídico dispone de consecuencias jurídicas privativas o restrictivas de derechos y bienes incluso más onerosas y graves que las auténticas sanciones y nadie pone en duda que no son ni siquiera *sanciones*⁶⁶—. Si dos objetos esencialmente desemejantes que, por eso mismo, pertenecen a *diferentes clases* comparten algo en común a pesar de su desemejanza, entonces lo determinante de la clase a que pertenece cada uno no puede ser nada de lo que tienen en común, sino necesariamente solo alguna característica particular de cada objeto que esté totalmente ausente en el otro y sea *esencial* para su diferenciación en clases. Pero así, cuando aparece un tercer objeto que también comparte con otros dos lo mismo que estos ya tienen en común, es obvio que la clase a la que hay que adscribirlo no puede venir determinada por nada de lo que tenga en común con aquellos, sino exclusivamente por alguna característica particular del mismo que esté ausente, al menos, en uno de los otros dos, en cuyo caso, si es *análoga* a la del otro, lo hará de la misma clase que este, pero si no es análoga a ninguna de ambos, entonces tendrá que ser adscrito a una tercera clase diferente. Por todo esto, con la mera invocación de aquellos datos compartidos por las consecuencias jurídico penales y las aplicables a personas jurídicas no se prueba absolutamente nada sobre la naturaleza específica de estas últimas.

b) A favor de atribuir naturaleza penal a las consecuencias aplicables a personas jurídicas se apela a las garantías penales o del Derecho sancionador, en el sentido de que si no se les reconoce aquella naturaleza, entonces quedarán desprovistas de tales garantías⁶⁷—. Sin embargo, con este argumento se pasa por alto que en un Estado de Derecho, toda intervención estatal sin excepción debe estar y está sujeta a garantías, pero cuáles tengan que ser las que correspondan a cada tipo de intervención es una cuestión que solo puede determinarse a *posteriori* tras la fijación de los fundamentos y fines de la intervención, y es contrario a toda lógica partir de la suposición de que una determinada consecuencia *tiene que* estar sometida a unas determinadas garantías y luego tratar de presentarla como sea y a toda costa con la naturaleza propia de las que están sometidas a dichas garantías. Como advierte Huergo Lora, hay que distinguir entre los principios y garantías del Derecho sancionador, «que son esenciales a las sanciones por su condición de tales, al margen de su gravedad, y que solo deben aplicarse a las medidas punitivas, y aquellos otros que, por ser simplemente garantías del ciudadano ante inmisiones estatales de especial gravedad, no tiene sentido que se reserven para las sanciones y no se apliquen a otros actos de gravamen»⁶⁸—, y si bien «una medida no sancionadora (por ejemplo la prohibición de contratar con la administración) puede ser mucho más gravosa que una sanción», sin embargo no debe estar sujeta a las garantías del Derecho sancionador, pero *sí* a *otras* «que derivan de la gravedad, del efecto negativo, de la medida en cuestión», y por esto, «si la medida no es sancionadora habrá que buscar otro título de legitimación para el despojo patrimonial»⁶⁹—. Así pues, también este argumento de las garantías es totalmente inconsistente y rechazable.

2. Como queda dicho, la doctrina que cree que a la persona jurídica se la puede tratar con consecuencias *penales*, se encuentra dividida en cuanto a los fundamentos y la naturaleza específica de aquellas. Un sector afirma que serían auténticas penas o medidas de seguridad penales⁷⁰—, y otro niega que puedan ser tales, pero afirma que, en todo caso, son una misteriosa tercera especie de sanciones «penales» diferentes de las otras dos⁷¹—. El primero, para tratar de eludir la objeción de quebranto del principio de culpabilidad, se ve forzado a buscar unas capacidades de acción y

culpabilidad en la persona jurídica, y denomina acción y culpabilidad propias de ella a toda una maraña de constructos de imputación que elabora y erige en fundamento de las falsas «penas» aplicables a la persona jurídica⁷². El segundo niega todo esto, y afirma que son «otra especie de sanciones penales» cuyo fundamento sería la peligrosidad objetiva (de la organización) de la persona jurídica⁷³. Sin embargo, quien tenga en cuenta y respete la necesaria *congruencia* que, como explicó Engisch, debe existir necesariamente entre todo supuesto de hecho y su *correspondiente* consecuencia jurídica⁷⁴, tendrá que rechazar de plano el carácter penal o sancionatorio de toda consecuencia imaginable para una persona jurídica ya por la sola razón de que es imposible e inconcebible construir para ella ni un solo supuesto de hecho susceptible de recibir las valoraciones jurídicas específicas que *fundamentan* y determinan la *medida* de consecuencias jurídicas penales y sancionatorias de cualquier especie. Supuesto de hecho de una *sanción* sólo puede ser uno constituido por la realización u omisión de una acción de modo antijurídico y culpable *personalmente* por un individuo determinado que, por eso, en su caso, deberá responder soportando la sanción *él y sólo él mismo*, y ya solo por esta razón debe negarse de plano el carácter de sanción a toda consecuencia cuyo fundamento y medida sea un supuesto de hecho del que estén ausentes una acción y una culpabilidad *personales* del sujeto a quien se aplica y tiene que soportarla⁷⁵. La ausencia de una acción u omisión y de una culpabilidad de un sujeto en un supuesto de hecho determinado, se da siempre que aquellas, aun cuando estén dadas en la realidad, sin embargo *jurídicamente* son completamente irrelevantes para su constitución y para su correspondiente consecuencia jurídica. Así sucede en todos los casos de *imputación jurídica* en que se imputa un hecho o estado objetivos a una persona solo porque una norma la hace meramente responsable y le carga la correspondiente consecuencia absolutamente al margen de las conexiones causales y teleológicas del hecho que se le imputa porque la acción y la culpabilidad del sujeto que lo ha causado son absolutamente irrelevantes para la imputación jurídica⁷⁶. Como advirtió Kelsen, esta imputación es completamente diferente a la imputabilidad como *capacidad de cometer un acto violatorio*⁷⁷. Si el Derecho vincula una consecuencia jurídica a un acto violatorio (infracción), entonces la acción y la culpabilidad del sujeto que lo ha realizado *sí* tendrán que formar parte necesariamente del supuesto de hecho de esa consecuencia, y ello es así por sí mismo porque toda acción es *inescindible* del sujeto que la ha realizado, y sería tautológico y absurdo fundamentar y explicar la pertenencia de la acción y la culpabilidad al supuesto de hecho de una tal consecuencia jurídica como acción y culpabilidad *imputadas* al sujeto mismo en quien ya están dadas porque *son* suyas⁷⁸. En la imputación jurídica lo único que se imputa a quien la norma hace responsable es un hecho o estado objetivos independientemente de sus nexos causales y teleológicos, y por eso estos son irrelevantes y no pueden ser objetos de la imputación. Así sucede idénticamente en todos los casos de responsabilidad *objetiva*, ya sea por hecho propio o ajeno. Pero si esto es así, entonces las dos direcciones doctrinales que aquí se someten a crítica tienen que verse abocadas a un fracaso total, y deben ser rechazadas, ya porque los supuestos de hecho que construyen para la persona jurídica son absolutamente inidóneos para fundamentar y determinar la medida de consecuencias penales o sancionatorias de cualquier especie. Y así:

a) Quien opere con la cautela de que a la cosa la hace solo su substancia y no el nombre con que se la llama, no tardará en verificar que en nada de lo etiquetado falsamente como «acción» y «culpabilidad» propias de la persona jurídica se encuentra ni la más microscópica partícula de la substancia de los conceptos de acción y culpabilidad. Pues por muy plurales que sean los distintos rodeos, circunloquios y perifrasis con que se describen y explican los constructos falsamente etiquetados como acción y culpabilidad propias de la persona jurídica, y por mucho que finalmente se los matice y precise como «análogos», «paralelos» o «equivalentes funcionales» a los auténticos --que no son ni podrían ser otros que los que tienen su raíz y procedencia en el substrato empírico del individuo humano--⁷⁹, todos los supuestos de hecho que se construyen y presentan como fundamento de unas pretendidas pero falsas penas aplicables a las personas jurídicas, sin una sola excepción, no son más que versiones de un único e idéntico instrumento técnico-jurídico como es el configurado por la ficción jurídica de la *imputación*⁸⁰. Ahora bien, como sabemos desde la magistral construcción de Kelsen, para la imputación jurídica son totalmente irrelevantes los nexos causales y teleológicos, es decir, la acción y la culpabilidad del sujeto causante del hecho imputado aunque existan realmente

⁸¹—, y por esto ningún supuesto de hecho de imputación puede tener como elementos constitutivos a la acción ni a la culpabilidad de ningún sujeto aunque existan realmente. De este modo toda imputación de una acción y de una culpabilidad al sujeto de la imputación es inadmisibles por quebrantar las reglas de la imputación, y además es tan inútil como superflua⁸²—. Quienes quebrantando esas reglas imputan a la persona jurídica la acción y/o la culpabilidad de los individuos que actúan en su lugar, y llaman a estas acción y culpabilidad propias de la persona jurídica, incurren así en la falacia del *quaternion terminorum*, porque aun cuando aquella imputación estuviera permitida --que no lo está--, lo que ya no podría ni puede aceptarse de ningún modo es la afirmación de que una acción y una culpabilidad de un sujeto *imputadas* a otro son acción y culpabilidad *propias* del sujeto a quien se le imputan⁸³—. Pero si esto es así, si el supuesto de hecho de la pena (y de cualquier especie de sanción) tiene que estar constituido por la acción y la culpabilidad *personales* del sujeto a quien se aplica, y si del supuesto de hecho de la *imputación* no son ni pueden ser elementos constitutivos ninguna acción ni culpabilidad de ningún sujeto, entonces tiene que ser imposible ya por sí mismo establecer ni en lo más mínimo una «analogía», «un paralelo» o una «equivalencia funcional» entre ningún supuesto de hecho de imputación y los que corresponden a una pena o sanción de cualquier especie⁸⁴—. Todo supuesto de hecho relativo a la persona jurídica, sin excepción, es uno de imputación jurídica objetiva y nunca puede ser fundamento de una responsabilidad *personal*, sino nada más que de una *patrimonial* o *administrativa de Derecho público* cuyo fundamento no es otro que la *imputación objetiva* con base en una norma⁸⁵—, pero las consecuencias jurídicas específicas y típicas de estas clases de responsabilidad no pueden ser penas ni sanciones en sentido estricto, sino únicamente consecuencias del Derecho civil o preventivas del Derecho administrativo de policía⁸⁶—, y por eso, como advierte Schünemann, llamar a estas consecuencias «penas», pero a mi juicio también medidas de seguridad «penales» u otra especie de sanciones «penales», supone un quebranto de las reglas de la lógica, entendida como los principios del habla racional, que da lugar a una contaminación semántica que provoca graves errores de pensamiento (*Denkfehler*) y sobre la substancia de las cosas (*Fehler in der Sache*), y con esto un quebranto de la prohibición de la arbitrariedad⁸⁷— con el que --añado yo-- se desdibuja completamente --si no es que se aniquila-- al método jurídico y al Derecho en tanto que Ciencia teleológica-tipológica, categorial-clasificatoria y sistemática⁸⁸—.

b) La doctrina que afirma que las consecuencias aplicables a personas jurídicas son «penas», al deducir esta falsa conclusión de una premisa que es claramente reconocible también como falsa --que la persona jurídica tiene capacidad de acción y culpabilidad--, por esto no plantea ninguna dificultad significativa para refutarla y rechazarla, pero la que niega que aquellas sean penas o medidas de seguridad penales *porque* su fundamento no pueden ser unas inconcebibles acción y culpabilidad de la persona jurídica, ni tampoco la peligrosidad criminal de esta⁸⁹—, y sin embargo acaba afirmando que son «otra especie» de consecuencias «penales» diferentes de aquellas otras dos, dado que la premisa de la que parte es absolutamente verdadera, fuerza a indagar acerca de si es posible concebir y admitir consecuencias jurídicas «penales» diferentes en algo a las penas y medidas de seguridad penales, y a determinar *en qué* se diferencian de estas⁹⁰—. Si la diferencia se ve en que --como no puede ni podría ser de otro modo-- también son diferentes sus respectivos supuestos de hecho, esto es absolutamente correcto. Pero así, la cuestión que habrá que resolver es si es posible hacer corresponder con el mínimo necesario de congruencia exigido por el binomio «supuesto de hecho-consecuencia jurídica», a unas consecuencias jurídico-penales con un supuesto de hecho del que están ausentes toda acción y culpabilidad personales y toda peligrosidad criminal del sujeto a quien se aplican. Esto solo podría resolverse afirmativamente si tal supuesto de hecho fuera uno constituido por circunstancias mínimamente semejantes a las *esenciales* que, por imperativo de principios fundamentales e indispensables, como el de culpabilidad entre otros, deben concurrir para poder fundamentar materialmente una consecuencia jurídica punitiva, es decir: si se da una semejanza que habilite para establecer entre supuestos diferentes la correspondencia *analógica* exigida por el postulado de igualdad consubstancial a --y derivado de-- la idea del Derecho⁹¹—. Pero si se afirma a la vez: 1) que por imperativo de aquellos principios, toda consecuencia jurídica penal tiene que fundamentarse en un supuesto de hecho constituido necesariamente por una acción u omisión --una infracción de una norma de determinación-- realizadas *personalmente* de modo

antijurídico y culpable por el mismo sujeto sobre quien exclusivamente recaerá la consecuencia; 2) que las consecuencias aplicables a una persona jurídica se fundamentan en un supuesto de hecho del que están totalmente ausentes por inexistentes e inconcebibles precisamente una acción u omisión y una culpabilidad *personales* (propias) de la persona jurídica destinataria de la consecuencia; y 3) que a pesar de esto último estas consecuencias son «otra especie» de sanciones «penales»; de todo esto tiene que resultar claramente 4) que la conclusión 3) está con las premisas 1) y 2) en una contradicción tan absoluta que todo intento de superarla se tiene que vislumbrar ya como uno absolutamente inidóneo *ex ante*. Pues en general, dos o más objetos son *especies* diferenciadas de un *género* o *clase* determinados, si entre ellos se da una *semejanza* deducible de la presencia en todos de, al menos, los elementos *esenciales* del género o la clase, y esto en Derecho es de la máxima trascendencia debido a su carácter de Ciencia *clasificatoria* y, por tanto, *diferenciadora* para tratar igual a lo igual (*análogo*) y desigualmente a lo desigual⁹². Y si se tiene en cuenta lo dicho, no hay que realizar ningún esfuerzo para concluir que no pueden ser «especies» del género «consecuencias jurídicas penales» unas cuyos *fundamentos* son una acción y una culpabilidad (penas) o una acción sintomática de la peligrosidad criminal (medidas de seguridad) del sujeto a quien se aplican, y otras de cuyos fundamentos están completamente ausentes los indicados datos, pues una desemejanza tan absoluta y esencial tiene que hacer ya totalmente imposible establecer la mínima correspondencia *analógica* entre los supuestos de hecho de las unas y de las otras y también la mínima congruencia (adecuación) entre un supuesto de hecho sin acción y culpabilidad ni peligrosidad criminal, y una consecuencia jurídica de carácter y con sentido «penales»⁹³.

3. La desemejanza e incongruencia totales existentes entre todo supuesto de hecho imaginable y posible de responsabilidad de una persona jurídica y toda consecuencia jurídica de cualquier especie sancionadora, son por sí mismas razones mucho más que suficientes y definitivas para rechazar toda posibilidad de tratar a la persona jurídica con instrumentos punitivos o sancionatorios de cualquier especie. Sin embargo, los dos sectores doctrinales que pretenden y aspiran a lo contrario, aún esgrimen a favor de ello y comparten otro argumento substancial. Las consecuencias aplicables a personas jurídicas --se dice-- *tienen que ser penales porque* las mismas tienen y realizan los mismos fines preventivos del Derecho penal⁹⁴. Sin la menor duda, las consecuencias aplicables a personas jurídicas por razón de la comisión de delitos por quienes actúan en su lugar, tienen y pueden cumplir fines de prevención precisamente del *delito*, y así lo establece de un modo expreso para la mayor parte de ellas --las de las letras b) a g) del art. 33.7 CP--, el art. 66 *bis*.1ª. a) CP al decir que para su aplicación habrá de tenerse en cuenta «su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva». Sin embargo, también este argumento también es inválido y debe rechazarse por las mismas razones que todos los anteriores, es decir, debido a la total desemejanza e inexistencia de la mínima correspondencia *analógica* entre la prevención que trata de alcanzarse con tales consecuencias y la que trata de producirse con penas y medidas de seguridad.

a) En todo ordenamiento jurídico existen multitud de consecuencias jurídicas y medidas cuyos fines --exclusiva o cumulativamente junto a otros-- son la prevención precisamente del *delito*, y sin embargo no hay ninguna duda de que su naturaleza no tiene nada que ver con la de ninguna sanción penal o de cualquier otra especie. En la Criminología, la prevención *criminal* se define en primera instancia de un modo amplísimo, pues se entiende por tal a la totalidad de las medidas o esfuerzos públicos y privados dirigidos a evitar hechos punibles⁹⁵, y luego, en función de los distintos ámbitos, momentos, medidas y objetos de la intervención preventiva, se la concreta y diferencia en primaria, secundaria y terciaria⁹⁶. La primaria es la perseguida por medio de todas las actividades relativas a la educación y socialización de toda la población independientemente de todo riesgo específico de criminalidad, como las programadas y realizadas en virtud de políticas educativas, culturales, deportivas, urbanísticas, de salud, de formación profesional, etc., incluyendo aquí la socialización por medio del Derecho y particularmente por medio de la conminación penal⁹⁷. La secundaria es la que se trata de producir por medio de la intervención en situaciones y lugares con riesgos reconocibles de criminalidad, y a tal efecto son medidas típicas todas las imaginables de prevención mediante el aseguramiento de lugares, objetos y personas, y muy destacadamente las del *Derecho de policía para la defensa frente a peligros*⁹⁸. A este plano pertenecen las llamadas medidas de *prevención*

situacional del delito, consistentes en acciones tendentes a bloquear o disminuir *oportunidades y ocasiones* de comisión de delitos, como por ejemplo la iluminación de lugares, la disposición arquitectónica de edificios, la vigilancia policial y con medios tecnológicos, los controles de seguridad, y un muy extenso repertorio⁹⁹. Finalmente, *prevención terciaria* es la que trata de alcanzarse por medio de una *intervención directa sobre individuos* que ya han cometido un hecho punible, y su principal objetivo es evitar la repetición del delito por el mismo autor o por otros; a este plano pertenecen precisamente, pero solo y exclusivamente, las medidas penales (penas y medidas de seguridad)¹⁰⁰.

b) Conforme a la clasificación descrita, pues, únicamente la prevención terciaria es propia y específica del Derecho penal, y a ella es consubstancial que los instrumentos por medio de los cuales se trata de llevar a cabo consistan en una intervención directa *sobre quien ha cometido un hecho delictivo*¹⁰¹. Estos instrumentos no son ni pueden ser otros que consecuencias penales cuya esencia, en el caso de la pena, no es ni puede ser otra que el *castigo* solo y exclusivamente del mismo sujeto que ha cometido el delito mediante la aplicación a él, y solo a él, de un mal que, además de experimentarlo y sentirlo en su propio ser existencial y sensible, pueda comprenderlo como la consecuencia de su *propio* acto y de su culpabilidad *personal*, y en el caso de la medida de seguridad, la aplicación de un tratamiento curativo, corrector o inocuizador al ser existencial y sensible del sujeto criminalmente peligroso y a nadie más que él. Pero si esto es así, para que una consecuencia jurídica con fines preventivos distinta de las penas y medidas de seguridad penales pudiera ser configurada como una *especie* de la *clase* «consecuencias penales», habría que demostrar que aquella es una en la que concurren datos esenciales que puedan hacerla semejante o análoga a las de dicha clase, a saber: como mínimo, que la consecuencia consista en una intervención directa sobre un ser sensible que ha cometido *personalmente* un hecho desencadenante de su aplicación sólo y exclusivamente *a él*. Si la consecuencia no consiste en este mínimo de mínimos, entonces ya podrá tener y desempeñar todos los fines preventivos que se quieran, pero lo que ya no podrá afirmarse ni sostenerse seriamente será que la misma sea una especie de consecuencia «penal». Y como nada de lo que se ha descrito está ni puede estar presente en ninguna consecuencia aplicable a una persona jurídica --y sería totalmente ocioso argumentar sobre semejante evidencia--, todo y cualquier intento de establecer consecuencias penales o sancionatorias para personas jurídicas tiene que verse como uno absolutamente inidóneo *ex ante* y debe ser rechazado¹⁰².

III. CONSIDERACIÓN FINAL Y PERSPECTIVAS

1. Conlo expuesto, he tratado de demostrar que no es sostenible ni admisible en Derecho ninguna consecuencia jurídica de naturaleza penal para personas jurídicas. Si en última instancia se quisiera invocar aún a favor de ello que ahora el CP las llama expresamente «penas», este argumento tampoco sería de recibo. Para probarlo, aquí debe bastar con recordar que el TC, partiendo de la cautela de que el nombre no hace a la cosa, a la hora de determinar la naturaleza jurídica de las consecuencias designadas por el legislador y por la ley con un determinado nombre, ha dicho con razón que «para determinar la naturaleza de una determinada figura no es decisivo el *nomen iuris* ... que le asigne el legislador» (STC 164/1995), ni el «asignado por la Ley, ni la clara voluntad del legislador» (STC 276/2000), y también, a mayor abundamiento, que «una cosa es que las sanciones tengan, entre otras, una finalidad disuasoria, y otra bien distinta que *toda medida con una finalidad disuasoria* de determinados comportamientos sea una *sanción*», pues «entre la indemnización y la sanción propiamente dicha pueda haber otro tipo de figuras con finalidades características, que, aunque en parte coincidentes, no lo sean por entero con las propias de aquellos dos tipos» (STC 164/1995, FJ. 4).

2. En otro lugar he formulado y desarrollado extensamente la tesis de que el supuesto de hecho delictivo puede constituir solo un fragmento de un suceso real global en que aparecen junto a él otros que constituyen supuestos de hecho de otros sectores jurídicos diferentes, y que una solución jurídica completa de todo el suceso global solo puede resultar de la aplicación de *todas* las consecuencias jurídicas correspondientes a *todos* los supuestos de hecho concurrentes¹⁰³. El que esos otros supuestos de hecho no penales se hayan realizado junto a uno delictivo, los hace circunstancialmente

«accesorios» del delito, y por esto sus consecuencias típicas deben ser configuradas también como «accesorias» del delito. Esta accesoriedad tiene sólo un carácter *formal y técnico jurídico*, pues carece de substancia propia y no dice absolutamente nada sobre la naturaleza material específica de los supuestos accesorios ni de sus correspondientes consecuencias jurídicas asimismo accesorias del delito. Sólo indica negativamente que ni los unos ni las otras son en absoluto de naturaleza *penal*, pero esto con seguridad y certeza absolutas. Tal accesoriedad se construye solo por razones prácticas de conveniencia de concentración procesal y de oportunidad y, en su caso, también por exigencias de modulación de sus regímenes jurídicos generales (extrapenales) que puedan derivar de la circunstancia de que su supuesto de hecho de naturaleza no penal se haya realizado junto a --y así como «accesorio» de-- uno delictivo¹⁰⁴. Las erróneamente llamadas «penas» aplicables a personas jurídicas, previstas en el art. 33.7 CP, no son ni pueden ser penas de ningún modo que se las mire, ni medidas de seguridad penales, y tampoco otra especie de sanciones penales. Materialmente son consecuencias de naturaleza y fines inequívocamente civiles y administrativo policiales que ya podrían y deberían ser aplicadas conforme a las leyes civiles y administrativas que las establecen aunque no estuvieran configuradas técnicamente como accesorias del delito en el Código penal. Únicamente y solo el dato de que sus supuestos de hecho se hayan realizado de un modo «accesorio» junto a uno delictivo, hace conveniente y justifica que las mismas sean reguladas como consecuencias accesorias del delito en el Código penal y que la competencia para el conocimiento de sus respectivos supuestos de hecho y para su aplicación se atribuya a los órganos judiciales penales en un proceso penal¹⁰⁵, pero esto no modifica en nada su auténtica naturaleza materialmente civil y administrativo policial. De esto, sin embargo, no puedo ocuparme aquí, porque ya debo concluir, y quiero hacerlo, como lo hago, expresando mi felicitación a mi colega y amigo Juan Terradillos Basoco, a quien dedico las reflexiones y razonamientos expuestos en este escrito en testimonio de mi gran aprecio y de mis mejores deseos para él en el futuro que aún nos queda por delante.

NOTAS:

¹Una versión más amplia de este trabajo, en N. J. DE LA MATA BARRANCO, «Responsable de cumplimiento», en VV.AA., *Memento Experto Compliance Penal*, Francis Lefebvre, 2017.

²Que como nos recuerdan A. D. BLUMEMBERG y B. GARCÍA MORENO, «Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo», en VV.AA., *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*, Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 2014, p. 3, no son de obligado cumplimiento, pero cuya adopción por las empresas se ha generalizado a raíz de la aprobación de la *Sarbanes-Oxley Act* de 2002, secciones 302 y 404, Ley de la Contabilidad Pública de Empresas y de Protección del Inversionista, en relación con las entidades que cotizan en la Bolsa de valores de Nueva York (véase también J. I. GALLEGO SOLER, «*Criminal Compliance* y proceso penal: reflexiones iniciales», en VV.AA., *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*, Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 2014, pp. 2 y ss.).

³Así, por todos, J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Posición de garante del Compliance Officer por infracción del "deber de control": una aproximación tónica», en VV.AA., *Crisis financiera y Derecho penal económico*, Madrid-Buenos Aires, Edisofer, 2014, pp. 509 y ss.; y J. I. GALLEGO SOLER, «*Criminal Compliance* y proceso penal: reflexiones iniciales», *cit.*, pp. 15 y ss.

⁴Véase el completo trabajo de R. MONTANER FERNÁNDEZ, «La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: implicaciones jurídico-penales», en VV.AA., *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, 2013, pp. 143 y ss., citando el estándar PS o AssS 980 del IDW --Instituto Alemán de Auditores de Cuentas-- de 2011.

⁵En detalle, la monografía de J. C. BAJO ALBARRACÍN, *Auditoría de sistemas de gestión. 31 bis CP, ISO 19600 e ISO 37001*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.

⁶Críticamente sobre el alcance de esta norma, N. J. DE LA MATA BARRANCO, «¿Qué cabe esperar de la Norma UNE 19601 sobre sistemas de gestión de compliance penal?», en VV.AA., www.almacenederecho.org, 13 de junio de 2017.

⁷La terminología anglosajona, imperante hasta ahora, proviene, en lo que es su incorporación a la doctrina española, de la redacción del apartado 8B2.1 de las *United States Sentencing Guidelines* y la explicación de lo que significa «*High-level personnel of the organization*», término que incluye a

directores ejecutivos (*executive officer*) y del desarrollo y comentario de las mismas desde 1991. El término «encargado» es el que se utiliza predominantemente en Alemania (*Gleichbehandlungsbeauftragte*). Entre los autores españoles, si bien originalmente se utilizaba más la expresión «oficial de cumplimiento», sobre todo en los primeros escritos que surgieron con la previsión a través de la Ley Orgánica 5/2010 de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la actualidad cada vez se opta más por la expresión «responsable».

[8](#)Véase en detalle J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ y A. NIETO MARTÍN, « *Urgente: dos órganos de cumplimiento en las empresas*», en VV.AA., www.almacenederecho.org, 3 de junio de 2016.

[9](#)A. NIETO MARTÍN, «La institucionalización del sistema de cumplimiento», en VV.AA., *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 193 y ss. Efectivamente, las Directrices (*Guidelines*) americanas exigen que el Responsable de cumplimiento pertenezca al personal de alta dirección de la entidad, con independencia de que exista una persona o un departamento que se encarguen del día a día de la gestión de supervisión. Y la Ley chilena exige que el Encargado de prevención sea nombrado por el Consejo de administración que, conjuntamente con él, determinará los elementos del sistema de cumplimiento incluida la forma de supervisión. En cambio, en el modelo italiano el Órgano de cumplimiento debe ser independiente incluso del Consejo de administración porque su principal función será la supervisión de administradores y personal de alta dirección.

[10](#)Muy detenidamente, J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ: «La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales», en VV.AA., *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, cit., 2015, pp. 166 y ss.

[11](#)Así, J. M. SILVA SÁNCHEZ: «Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial», en VV.AA., *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 100 y ss.

[12](#)Por ejemplo, R. ROBLES PLANAS, «El responsable de cumplimiento (Compliance Officer) ante el Derecho Penal», en VV.AA., *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, cit., pp. 319 y ss.

[13](#)Véase M. FOUREY GONZÁLEZ, Matilde: «Compliance penal: fundamento, eficacia y supervisión. Análisis crítico de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 43, 2016, pp. 72 y ss.

[14](#)Hay que subrayar que cuando el Código Penal prevé la existencia de los modelos de organización y gestión lo hace a la hora de regular la exención de responsabilidad de la persona jurídica. Pero, los mismos no son obligatorios; ni siquiera para dicha exención. Lo que se establece en el Código es que la misma se producirá en las condiciones que menciona. De no existir modelos de prevención de delitos, seguirá siendo posible, demostrada por otras vías la diligencia de la persona jurídica. Pero, ni la existencia del órgano de cumplimiento (como tal o asumida su función por el órgano de administración) garantiza la exención de responsabilidad ni su ausencia la impide.

[15](#)Destaca J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en VV.AA., *Memento Práctico Penal*, Madrid, Lefebvre-El Derecho, 2016, p. 363, que es frecuente en Italia que se desestime la exención de responsabilidad (recordemos que en su legislación es administrativa) cuando no consta esta autonomía, difícil de aceptar, dice él, cuando existe dependencia jerárquica de la alta dirección (en mi opinión, inevitable) o no se tenga autonomía para solicitar información, obtener documentación, etc.

[16](#)Véase ya N. J. DE LA MATA BARRANCO, M. BILBAO LLORENTE y M. ALGORTA BORDA: «La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo», *La Ley Penal*, 87, 2011, pp. 9 y ss.

[17](#)Véase R. ROBLES PLANAS, «El responsable de cumplimiento (Compliance Officer) ante el Derecho Penal», cit., pp. 322 y ss.

[18](#)Este trabajo se inserta en el Proyecto de investigación «Responsabilidad penal y política de los partidos» [DER2014-52890-R] financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y desarrollado por el *Grupo de investigación consolidado en Derecho penal y nuevas tendencias político-criminales* [SGR2014-01011].

[19](#)J. TERRADILLOS BASOCO, «Protección penal de la libertad de conciencia», en *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 69, 1983.

[20](#)J. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», en *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 63, 1981.

[21](#)Entre los resultados de su investigación sobre la protección penal del medio ambiente, recuerdo

especialmente, J. TERRADILLOS BASOCO, «Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español: luces y sombras», en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 19, 1996.

[22](#)STC 48/2003, de 12 de marzo.

[23](#)La LO 8/2007, de 4 de julio sobre financiación de los partidos políticos establece un sistema especial de financiación de estos entes consistente en a) subvenciones para gastos electorales, de acuerdo con la normativa electoral, b) para gastos de funcionamiento que puedan aprobar el Estado, las comunidades autónomas y las corporaciones locales, c) subvenciones extraordinarias para las campañas en caso de referéndum, d) aportaciones para hacer frente a los gastos de los grupos parlamentarios, en sus diversos niveles, incluidos el ámbito local. Según datos recogidos en el último informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas, en el trienio 2009-2011 los partidos políticos recibieron subvenciones públicas por un valor de 850.000.000 euros. Es más, al margen de los recursos públicos previstos legalmente, en ocasiones las CC.AA. han optado por concederles otras subvenciones al amparo de la Ley General de Subvenciones con ocasión de eventos concretos, cuando está precisamente prohibido en su artículo 4. El trato privilegiado frente a otras asociaciones es evidente [M. E. VICENTE «Límites y posibilidades de fiscalización de los partidos políticos por parte del Tribunal de cuentas: aspectos técnicos», en A. Nieto-M. Maroto, *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Cuenca, 2014, p. 255]

[24](#)Ver ampliamente P. CUBILES SÁNCHEZ-POBRE, «La financiación de los partidos políticos. Estudio de su régimen tributario», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 143, septiembre 2009. El régimen tributario de los partidos políticos se caracteriza por la exención de rentas del impuesto de sociedades (art. 10 LOFPP): cuotas y aportaciones de los afiliados, subvenciones públicas, donaciones privadas, adquisiciones a título lucrativo, rendimientos obtenidos de actividades propias o procedentes de bienes y derechos que integran su patrimonio.

[25](#)J. M. TERRADILLOS, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas» en J. Dopico Gómez-Aller (coord), F. J. Álvarez García (dir.), *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

[26](#)Así se manifestó, p. ej., G. QUINTERO OLIVARES, «La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema adoptado por el Código penal», en Fiscalía General del Estado, *Curso sobre las incidencias de la reforma del Código penal en la Parte General*, Madrid, 2011, pp. 20-21.

[27](#)En J. M. TERRADILLOS, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», *cit.*, p. 173 refiriéndose, p. ej, a los organismos reguladores o sociedades mercantiles estatales que habían quedado excluidas de tal responsabilidad en la misma LO 7/2012.

[28](#)Así se pronunció, p. ej., F. MORALES PRATS-J. C. CARBONELL MATEU, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en F. J. Álvarez García-J. L. González Cussac (dir.) *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 78.

[29](#)Ver STC 138/2012, de 20 de junio y STEDH de 25 de mayo de 1998 (caso partido socialista vs Turquía).

[30](#)J. M. ZUGALDÍA, «La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 11, 2014, p. 368.

[31](#)Así lo consideró con razón J. VALLS PRIETO, «Las exenciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ¿Son responsables los partidos políticos y sindicatos?», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 104, pp. 109 y ss.

[32](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», *cit.*, p. 173 refiriéndose explícitamente a las palabras del Ministro de Justicia pronunciadas el 31 de octubre de 2012, dos días después de una jornada de huelga general, proponiendo acabar con el «privilegio» (*sic*) que suponía la exclusión de los sindicatos del régimen general de responsabilidad penal, dos días después que el Ministro del interior anunciara que los sindicatos responderían por los delitos cometidos por sus afiliados en manifestaciones convocadas por ellos.

[33](#)J. M. ZUGALDÍA, «La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos», *cit.*, p. 377.

[34](#)Sobre la pena de disolución y los criterios para aplicarla ver J. BAUCCELLS, «Las penas previstas para las personas jurídicas en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico», en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pp. 202 y ss.

[35](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», *cit.*, p. 176.

[36](#)Desde esta posición mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia, algunos autores han empezado a

considerar que los partidos políticos podrían ser consideradas asociaciones u organizaciones delictivas. Ver N. GARCÍA RIVAS, «Organización criminal para la financiación ilegal de un partido político: el caso de los papeles de Bárcenas», en *Revista penal*, núm. 40, 2017, pp. 111.

[37](#)Ampliamente sobre esta delimitación conceptual J. LEÓN, «La responsabilidad penal de los partidos políticos en España: ¿disfuncionalidad normativa?», en *Revista general de derecho penal*, núm. 27, 2017, especialmente pp. 28 y ss.

[38](#)Así concluye J. LEÓN, «La responsabilidad penal de los partidos políticos en España: ¿disfuncionalidad normativa?», *cit.*, p. 31. Esa hipertrofia de la respuesta penal ha llevado a algún sector doctrinal a proponer la supresión o reformulación de la asociación ilícita. Así, G. QUINTERO OLIVARES, «Organizaciones y grupos criminales en el Derecho penal de nuestro tiempo», en C. Villacampa (coord.), *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Cizur menor, Thomson-Aranzadi, 2013, pp. 37-38.

[39](#)Así, J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», *cit.*, p. 172.

[40](#)Esta crítica ha llegado desde diferentes perspectivas, tanto desde el «uso simbólico del derecho penal» hasta el «populismo punitivo». Debo recordar que en el debate sobre la exigencia de responsabilidad penal a los partidos, el Grupo socialista votó en contra por considerar precisamente que « *es un caso evidente de populismo punitivo y no una medida en absoluto para la regeneración de la vida política*» [intervención de la Sra. VALERIO CORDERO. *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, Año 2012, X Legislatura, núm. 207, Justicia, Sesión del 7 de noviembre de 2012, p. 23]. En relación al uso simbólico, cabe recordar que en las enmiendas presentadas por UPyD al debate de la LO 7/2012 se argumentaba que esta exención de responsabilidad penal constituía « *un privilegio injustificado que no colabora en absoluto a la regeneración democrática ni combatir la corrupción política de nuestro país*» [*Boletín oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 5 de noviembre de 2012, p. 15]. En la propia Exposición de motivos de la ley se declara que « *de este modo se supera la percepción de impunidad de estos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación*».

[41](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», *cit.*, p. 175 cita entre otros « *ámbitos de actuación policial poco eficaz o condicionada por la corrupción, mecanismos pre-penales de inspección y control inidóneos o contaminados, ausencia de voluntad política de investigación, falta de adecuación de los cauces del proceso penal, recurso arbitrario a indultos no justificables, etc.*». Posteriormente ha tenido la oportunidad de profundizar en estos mecanismos extrapenales para afrontar la corrupción en J. TERRADILLOS BASOCO, «Corrupción, globalización y derecho penal económico», en E. Demetrio Crespo-N. González Cuéllar (Dir.) *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, Madrid, Castillo de Luna, 2015, pp. 15 y ss.

[42](#)Sobre el fenómeno de la «instrumentación de las Instituciones» por parte de los partidos, ver recientemente J. A. PORTERO MOLINA, «Crisis del estado de partidos e instrumentación de las Instituciones», en C. Garrido López-E. Sáenz Royo (coord.) *La reforma del Estado de partidos*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

[43](#)En la reforma introducida por la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos se modifica el artículo 9 de la Ley de partidos en el que se establece literalmente que « *Los partidos políticos deberán adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal*».

[44](#)Sobre esas explicaciones criminológicas ver A. NIETO, «Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas», en A. Nieto (Dir.) *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 50-61 o J. BAUCCELLS, «Sistema de penas para el delincuente económico» en *Cuadernos de política criminal*, núm. 107, 2012, especialmente pp 143-155.

[45](#)El art. 31 bis 2 CP establece como causa de exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas el haber « *adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*». Es decir, haber implementado programas de cumplimiento eficaces para la prevención delictiva.

[46](#)Desde este punto de vista NIETO, A., «El artículo 31 bis del código penal y las reformas sin

estreno», en *La Ley*, núm. 8248 de 11 de febrero de 2014 considera que sin lugar a dudas la reforma de 2010 ha sido una reforma con impacto y que en absoluto constituye Derecho penal simbólico.

[47](#)Ampliamente sobre los déficits de los instrumentos internos de prevención delictiva en los partidos y sus posibilidades de mejora en J. BAUCCELLS LLADÓS, «Autorregulación y prevención del delito en los partidos políticos», en *Revista General de Derecho penal*, núm. 28, Iustel, Madrid, 2017.

[48](#)STS núm. 154/2016, de 29 de febrero. En la misma línea se pronunció algo más tarde en STS núm. 221/2016, de 16 de marzo.

[49](#)DEL ROSAL, B. «Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado» en *Diario La Ley*, Nº 8732, Sección Doctrina, 1 de abril de 2016, Ref. D-133, p. 5.

[50](#)La Fiscalía General del Estado ha considerado que «*la construcción remite inequívocamente a la punibilidad y a sus causas de exclusión. Concurrentes en el momento en el que la persona física comete el delito y transfiere la responsabilidad a la persona jurídica, los modelos de organización que cumplen los presupuestos legales operarán a modo de excusa absolutoria, como una causa de exclusión personal de la punibilidad*». La principal consecuencia de esta configuración es que «*atañe a la persona jurídica acreditar que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones y requisitos legales*» para exonerar de responsabilidad. Ver *Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por la Ley orgánica 1/2015*, p. 56.

[51](#)En la línea de lo propuesto por M. GARCÍA ARÁN en J. Córdoba Roda-M. García Arán (dir.), *Comentarios al código penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 394.

[52](#)Considerándolo el auténtico *punctum dolens* en el debate italiano, F. MAZZACUVA, «Funciones y requisitos del modelo organizativo en el ordenamiento italiano: el problema del juicio de adecuación», en J. M. Palma Herrera (Dir.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 79.

[53](#)Así lo ha advertido MAROTO, M., *La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal*, Marcial Pons, Madrid, 2015 p. 318.

[54](#)Sigo la propuesta de F. MAZZACUVA, «Funciones y requisitos del modelo organizativo en el ordenamiento italiano: el problema del juicio de adecuación», *cit.*, pp. 82 y ss.

[55](#)Existe un amplio consenso doctrinal en la inconveniencia que sean las agencias de acreditación las que valoren la eficacia de los programas de cumplimiento, sobre todo, a partir de la experiencia de legislaciones, como la chilena, en la que han causado muchos problemas. Adviértase que ya se están creando estándares de compliance, entre las que debe destacarse la ISO 19600:2015, con directrices para implantar, mantener y mejorar un sistema de gestión de compliance o ISO 37001:2016 sobre sistemas de gestión antisoborno.

[56](#)La FGE considera que «en modo alguno acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial». Ver *Circular 1/2016*, p. 52.

[57](#)Véase Terradillos Basoco, *Derecho penal de la empresa*, ed. Trotta, Madrid, 1995, pp. 62 y ss.; y el mismo, «Derecho penal del trabajo», *Revista penal*, 1 (1998), p. 80.

[58](#)Véase Terradillos Basoco, «Derecho penal del trabajo», *cit.*, p. 80.

[59](#)Véase Terradillos Basoco, «Responsabilidad penal y empresa», en Baylos Grau/Florencio Thomé/García Schwarz (coords.), *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 1898.

[60](#)Véase extensamente Gracia Martín, «Concepto, función y naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas del delito», *Revista penal*, 38 (2016), pp. 197 y ss.; el mismo, «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología (RECPC)*, 18-05 (2016), pp. 8 y ss. y especialmente nota 26; el mismo, «La serie "infracción-culpabilidad-sanción" desencadenada por individuos libres como síntesis jurídica indisoluble derivada de la idea y del concepto *a priori* del Derecho», *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología (RECPC)*, 18-18 (2016), pp. 41 y ss., 59 y ss., 85 y ss.

[61](#)Así por ejemplo, consideran que se trata de auténticas penas, sobre todo Zugaldía, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 131 y ss.; y Díez-Ripollés, «Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial: regulación española», *Jueces para la Democracia*, 73 (2012), pp. 48 y ss. *passim*; Roca Agapito, «Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», en M. Ontiveros (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ed. Tirant lo Blanch,

Valencia, 2014, pp. 374 y ss. *passim*; Faraldo, «Las penas», en *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Memento Experto Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 113 y ss. Silva Sánchez las configura como medidas de seguridad penales porque entiende que todas ellas --también las aplicables a individuos inimputables-- tendrían como presupuesto a un injusto objetivo consistente en un estado de contrariedad a una norma de *valoración*; véase Silva Sánchez, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español», en Silva Sánchez (dir.)/Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 32 y ss.; y el mismo, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, 2ª ed., Edisofer/IBdF, Madrid/Montevideo/Buenos Aires, 2016, pp. 353 y ss.; véase mi exposición crítica de la tesis de Silva en Gracia Martín, «Concepto, función y naturaleza», *cit.*, pp. 197 y ss.

[62](#) Así, por ejemplo, Luzón Peña, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 6 y ss.: «sanciones criminales o penales a las personas jurídicas, que no son penas ni medidas de seguridad (aunque en la reforma del CP en 2010 se las llame penas, como en algunas otras legislaciones), sino un *tertium genus*, un tercer género o clase de sanciones del Derecho penal» (p. 7), y concretamente «una tercera clase de sanciones criminales similares a las medidas de seguridad» (p. 10); también Mapelli, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 49: «aun cuando el legislador les otorgue la naturaleza jurídica de penas, las sanciones previstas para la personas jurídicas se encuentran a mitad de camino entre aquéllas y las medidas de seguridad»; y Feijóo, *El delito corporativo en el Código penal español*, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2016, p. 48, quien propone que se las pueda denominar «cuasi-penas», «pseudopenas» o «penas en sentido impropio o amplio» para «distinguir las de las penas de toda la vida en sentido material, propio y estricto».

[63](#) Véase Gracia Martín, «Concepto, función y naturaleza», *cit.*, pp. 147 y ss.

[64](#) Véase Luzón Peña, *Lecciones*, *cit.*, p. 9; y cuando el Código las denominaba consecuencias accesorias, Zugaldía, «Las penas previstas en el artículo 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)», *Revista Poder Judicial* 46 (1997), p. 332.

[65](#) Al respecto véase Gracia Martín, «Concepto, función y naturaleza», *cit.*, p. 157.

[66](#) Véase Huergo Lora, *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 235 y ss.: «el criterio de distinción (.) coherente con la noción de sanción como un castigo o retribución de una conducta ilegal, no está relacionado con la gravedad del mal o consecuencia jurídica desfavorable que se le impone al particular» porque «es perfectamente posible que un mismo hecho (por ejemplo la construcción de un edificio ilegal) dé lugar a una sanción (multa) y a una medida de restauración de la legalidad (demolición) que no es una sanción pero cuyas consecuencias económicas pueden ser mucho más graves» (pp. 235 y ss.), y por esto, extender «el concepto de sanción con el criterio de la gravedad, de forma que incluya toda medida administrativa cuyos efectos sobre su destinatario sean equiparables a los de una sanción, es insatisfactoria por ilógica, ya que al final los principios de origen penal se aplican a situaciones que nada tienen que ver con una finalidad punitiva» (pp. 238 y ss.).

[67](#) El argumento es invocado sobre todo por Feijóo, *El delito*, *cit.*, p. 39.

[68](#) Véase Huergo Lora, *Las sanciones*, *cit.* pp. 202 y ss. y 239.

[69](#) Véase Huergo Lora, *Las sanciones*, *cit.* p. 362. Sobre las garantías propias de todas y cada una de las manifestaciones de la intervención estatal no sancionadora y su absoluta conformidad con el Estado de Derecho, véase García de Enterría, en García de Enterría/T. Ramón Fernández, *Curso de Derecho administrativo I*, 15ª ed., Thomson/Reuters, Pamplona, 2011, pp. 782 y ss. (para los medios de ejecución forzosa) y pp. 795 y ss. y 798 y ss. (para el ejercicio de coacción administrativa directa), y el mismo, en García de Enterría/T. Ramón Fernández, *Curso de Derecho administrativo II*, 12ª ed., Thomson/Reuters, Pamplona, 2011, pp. 104 y ss., 110 y ss. y 114 y ss. (para la actividad administrativa limitativa de derechos).

[70](#) Cfr. *supra* nota 5.

[71](#) Cfr. *supra* nota 6.

[72](#) Véase sobre todo Zugaldía, *La responsabilidad criminal*, *cit.*, pp. 75 y ss.; y Gómez-Jara, *La culpabilidad empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 52 y ss., 228 y ss., 270 y ss., 278 y ss., 286 y ss.

[73](#) Así, por ejemplo, Luzón Peña, *Lecciones*, *cit.*, p. 8.

[74](#) Como explica Engisch, las proposiciones jurídicas expresan un deber ser de modo hipotético (si se da S, entonces debe seguir C), y por esto, el supuesto de hecho (S) tiene que abarcar *todas*, pero *sólo*,

las circunstancias determinantes --positiva o negativamente-- *del deber ser*, mientras que la consecuencia jurídica (*C*) tiene que comprender a todo aquello que determina el «contenido» del deber ser, de modo que la aplicación de toda consecuencia jurídica se traduce siempre en una *actualización* del deber ser; véase Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 11ª ed., actualizada por Thomas Würtenberger y Dirk Otto, Verlag Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 2010, pp. 52, 69 y ss., 79 y ss. y 119 y ss.; y en el mismo sentido, Henkel, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. de Enrique Gimbernat, Ed. Taurus, Madrid, 1968, pp. 115 y ss.; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4ª ed., Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg/New York, 1979, pp. 234 y ss.; Escuchuri, *Teoría del concurso de delitos y de leyes*, ed. Comares, Granada, 2004, pp. 6 y ss.; y Gracia Martín, «Crítica», *cit.*, pp. 39 y ss.; el mismo, «Concepto, función y naturaleza», *cit.*, pp. 169 y ss.; el mismo, «Construcción arbitraria y quebranto de conceptos jurídicos fundamentales en el sociologismo y la política criminal libres de empirismo y de dogmática jurídica», *Revista General de Derecho penal*, 26 (2016), pp. 31 y ss. y nota 97; y el mismo, «La serie», *cit.*, nota 152 de pp. 53 y ss. y pp. 109 y ss. con nota 352.

[75](#) Véase, extensamente y con detalle, Gracia Martín, «La serie», *cit.*, pp. 35 y ss., 41 y ss. y *passim*.

[76](#) Porque la imputación, dice Kelsen (*Hauptprobleme der Staatslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, reimpr. de la 2ª ed. de Tübingen 1923, Scientia Verlag, Aalen, 1960, pp. 72 y ss.), no es más que «la conexión entre un estado de hecho del ser y un sujeto efectuada con base en la norma; una conexión de elementos totalmente peculiar completamente diferente e independiente de la causal y de la teleológica» (p. 72), y por esto mismo en la imputación, «entre el objeto y el sujeto de la norma existe la mayor distancia, porque ni siquiera tiene que existir entre ellos un nexo causal o teleológico» (p. 73).

[77](#) Véase Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, 5ª reimpr. de la trad. de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1995, *cit.*, p. 116.

[78](#) Véase Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, trad. de la 2ª ed. de Viena (1960), de Roberto J. Vernengo, Universidad Autónoma de México, México DF. 1979, p. 96): «La imputación, que recibe expresión en el concepto de imputabilidad, no es, como supone la teoría tradicional, el enlace de una determinada conducta con el hombre que la lleva a cabo; para ello no se requiere establecer la relación mediante una norma jurídica, puesto que no cabe escindir la conducta del hombre que la realiza».

[79](#) Pues como lo dijera Kelsen (*Teoría general*, *cit.* p. 114), ni siquiera en el caso de la *persona* física es esta la que actúa u omite, sino solo y exclusivamente el *individuo humano* que constituye su substrato, porque «no se puede negar *en serio* que actos y omisiones sólo pueden existir en relación con los seres humanos», y si esto es así mucho menos podrá realizar acciones u omisiones la persona jurídica en sentido técnico, que ni siquiera tiene como substrato a un individuo humano, sino a una organización de individuos que solo puede contemplarse como una realidad sociológica y nada más; véase además Kelsen, *Teoría pura*, *cit.* pp. 186 y ss.; Henkel, *Introducción*, *cit.*, pp. 337 y ss.; y Recasens, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 19ª ed., Ed. Porrúa, México, 2008, pp. 268, 277 y ss. y 288 y ss.: sólo «ante una visión torpe y superficial podría acaso parecer que es el ente mismo quien actúa con una vida independiente . pero no es esto lo que pasa en realidad» (p. 278), porque «no hay más conducta que la que realizan los individuos; sólo estas conductas pueden ser contenido de la norma jurídica» (p. 268).

[80](#) Paradigmático es el constructo de Zugaldía, *La responsabilidad criminal*, *cit.*, pp. 74 y ss. y 89 y ss., consistente en la imputación a la persona jurídica de absolutamente todo lo que únicamente está dado y existe en la persona física que ha cometido el hecho. Otros autores, como es el caso de Gómez-Jara, dicen no imputar a la persona jurídica nada de lo que sólo existe en el individuo que ha tenido que realizar el hecho delictivo, lo que en principio sería correcto (véase Gómez-Jara, «Elinjusto típicode la persona jurídica (tipicidad)», en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara , *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, 2016, pp. 135 y ss. y nota 24 de p. 135, y p. 137), y configuran a partir de ciertas propiedades que suponen y afirman existentes en la persona jurídica misma (en la organización) unos *equivalentes funcionales* de la capacidad de acción y de culpabilidad que consistirían, respectivamente, en la capacidad y libertad de organización que poseería la organización misma; véase Gómez-Jara, *La culpabilidad empresarial*, *cit.*, pp. 52 y ss., 228 y ss., 270 y ss., 278 y ss., 286 y ss. Sin embargo, como ya he tratado de demostrar en otro lugar (Gracia Martín, «Construcción arbitraria», *cit.*, pp. 71 y ss.) en la construcción de Gómez-Jara, como en todas las del constructivismo funcionalista sistémico, no cabe ver nada más que una fiel reproducción del concepto de persona y de la técnica de la imputación de

Kelsen descritos y explicados mediante circunloquios y perífrasis; véase además mi crítica detallada de la tesis de los equivalentes funcionales de Gómez-Jara, en Gracia Martín, «Crítica», *cit.*, pp. 23 y ss.

[81](#)Cfr. *supra* nota 20.

[82](#)Que una tal imputación de la acción y de la culpabilidad del individuo que ha cometido el hecho a la persona jurídica es absolutamente superflua e inútil lo demuestra que como establece el art. 31 *ter* CP, y así debe ser, el supuesto de hecho de su responsabilidad (obviamente no penal) se constituye aunque no esté identificado el autor del hecho; véase Gracia Martín, «La serie», *cit.*, nota 152 de pp. 53 y ss.

[83](#)Así Schünemann, «Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrecht - Ein kriminalpolitischer Zombi», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 1 (2014) - www.zis-online.com, p. 4.

[84](#)Pues la persona jurídica y la física son totalmente análogas, como han advertido, entre otros, Kelsen, *Teoría general*, *cit.*, pp. 113 y 117; Recasens, *Tratado*, *cit.*, pp. 267 y 268 y ss.; y Legaz, *Filosofía del Derecho*, 4ª ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1975, pp. 732 y ss. Sin embargo, toda analogía se establece en virtud de una comparación de dos objetos diferentes en referencia a un *horizonte valorativo esencial determinado*, y pueden ser absolutamente desemejantes si se los contempla desde otro horizonte valorativo distinto. Esto precisamente es lo que sucede con la persona jurídica y la física, cuya analogía es absoluta en el horizonte valorativo de los hechos que configuran el supuesto de hecho de la *imputación jurídica*, mientras que en el de los que fundamentan una responsabilidad *personal*, los sustratos de una y otra clase de personas --antropológico del individuo y sociológico de la organización-- se muestran absolutamente desemejantes; véase Gracia Martín, «La doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura», en *Foro FICP - Tribuna y Boletín de la FICP* 2014-2 (septiembre), pp. 49 y ss. Como advierte Arthur Kaufmann, «Analogie und Natur der Sache», 2ª ed., R. v. Decker & C. F. Müller, Heidelberg, 1982, p. 32, el concepto análogo de persona jurídica no se comprende bien si se supone que «su modo de ser sea el mismo que el de la persona natural y se deduce así su capacidad de acción, de honor y de delinquir».

[85](#)Véase Kelsen, *Teoría pura*, *cit.*, (1979), pp. 53 y ss., 134, 169 y ss., 193 y ss. y 195; y mi extenso y detallado análisis de la diferencia, en Gracia Martín, «Concepto, función y naturaleza», *cit.*, pp. 186 y ss.

[86](#)Véase Gracia Martín, como en nota anterior.

[87](#)Así expresamente Schünemann, «Die aktuelle Forderung», *cit.*, pp. 4, 11, 15.

[88](#)Véase Gracia Martín, «Construcción arbitraria», *cit.*, pp. 37 y ss.

[89](#)Véase por todos Luzón Peña, *Lecciones*, *cit.*, pp. 130 y ss., 144 y ss. y 495 y ss.; y Feijóo, *El delito*, *cit.*, pp. 38 y ss. y 48.

[90](#)Véase Gracia Martín, «Concepto, función y naturaleza», *cit.*, pp. 172 y ss.

[91](#)Véase Gracia Martín, «La serie», *cit.*, pp. 4 y ss.

[92](#)Véase Gracia Martín, «Crítica», *cit.*, pp. 35 y ss.; el mismo, «Concepto, función y naturaleza», *cit.*, pp. 163 y ss.; el mismo, «Construcción arbitraria», *cit.*, pp. 14 y ss.; y el mismo, «La serie», *cit.*, pp. 4 y ss.

[93](#)Véase Greco, «Steht das Schuldprinzip der Einführung einer Strafbarkeit juristischer Personen entgegen? Zugleich Überlegungen zum Verhältnis von Strafe und Schuld», *GA*, 2015 p. 516: «el conjunto indisoluble de pena y culpabilidad presenta un componente jurídico objetivo (que) no debería ser violentado ni siquiera en apariencia por una sanción independiente de la culpabilidad designada equivocadamente como "pena"».

[94](#)Y así respecto de las ahora mal llamadas «penas aplicables a personas jurídicas», se afirma que estas tendrían finalidades y producirían efectos: 1) de *prevención general*, que se concretarían, por ejemplo, en la ejemplaridad para el resto de personas jurídicas (así Faraldo, «Las penas», *cit.*, p. 159 nº 990), y en una intimidación o motivación disuasoria (así DÍEZ-RIPOLLÉS, «Las penas», *cit.*, p. 54) de potenciales delincuentes y de los dirigentes de entidades, a los primeros con la amenaza de privarles de la posibilidad de utilizar la entidad como instrumento para delinquir, y a los segundos infundiéndoles temor al riesgo de pérdida de reputación, que sería mayor con una condena *penal* a la entidad que si lo fuera por una consecuencia accesoria (así Luzón Peña, *Lecciones*, *cit.*, p. 11); y 2) de *prevención especial*, que se concretarían, por ejemplo, en «incentivar a la persona jurídica a adoptar medidas preventivas, en fin, a resocializarse» (así Faraldo, «Las penas», *cit.*, p. 158 nº 990),

en contrarrestar, en los que ya han delinquido, la idea de continuar delinquiendo porque les haya resultado rentable la primera vez (así Luzón Peña, *Lecciones*, p. 11), o en la inocuización de la persona jurídica asegurando que no cometa más delitos en el futuro (así Feijóo, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Díaz-Maroto (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código penal*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, p. 118; DíEZ-RIPOLLÉS, «Las penas», *cit.*, p. 54; y Faraldo, «Las penas», *cit.*, p. 158 n° 990).

[95](#) Véase por ejemplo Meier, *Kriminologie*, 3ª ed., Verlag C. H. Beck, München, 2007, p. 270.

[96](#) Véase por ejemplo Meier, *Kriminologie*, *cit.*, pp. 274 y ss.; Eisenberg, *Kriminologie*, 6ª ed., C. H. Beck, München, 2005., p. 833 nota 70.

[97](#) Véase Meier, *Kriminologie*, *cit.*, p. 275; Eisenberg, *Kriminologie*, *cit.*, pp. 840 y ss. y nota 94 de p. 840.

[98](#) Véase Meier, *Kriminologie*, *cit.*, p. 275; Eisenberg, *Kriminologie*, *cit.*, p. 833 nota 70.

[99](#) Véase ampliamente Medina Ariza, «El control social del delito a través de la prevención situacional», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2 (1998), pp. 282 y ss., 291 y ss.; Meier, *Kriminologie*, *cit.*, p. 273; Eisenberg, *Kriminologie*, *cit.*, p. 833 nota 70. Sobre las estrategias de prevención en la empresa, véase Agustina Sanhelli, *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*, Ed. Atelier, Barcelona, 2010, *passim*.

[100](#) Véase Meier, *Kriminologie*, *cit.*, p. 275; Eisenberg, *Kriminologie*, *cit.*, p. 833 nota 70.

[101](#) Véase Hirsch, «Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn /München, 1989. p. 709: «los fines de la pena o fines del Derecho penal se refieren, por lo tanto, a consecuencias jurídicas de naturaleza específicamente penal: se trata de instrumentos de actuación *sobre el autor*»; extensamente Gracia Martín, «Concepto, función y naturaleza», *cit.*, pp. 194 y ss.; el mismo, «La serie», *cit.*, pp. 85 y ss.; y con gran énfasis Greco, «Steht das Schuldprinzip», *cit.*, pp. 508 y ss., 511 y ss.

[102](#) En principio, entiendo que en lo *substancial* se sitúa en esta línea la tesis de que las consecuencias aplicables a personas jurídicas son *correctivos* orientados a una prevención *reactiva*, formulada y desarrollada por Goena Vives, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 115 y ss. y 137 y ss., pero aquí no me es posible analizar sus interesantes planteamientos, si bien, no obstante, me parece criticable la terminología que utiliza en diversas partes de su obra.

[103](#) Véase Gracia Martín, «Concepto, función y naturaleza», *cit.*, pp. 204 y ss.; Hirsch, «Die Stellung», *cit.*, p. 709: «la comprensión jurídico penal de un caso representa únicamente un corte de su desarrollo jurídico; y para el dominio jurídico completo aún pueden jugar un papel otros varios sectores del ordenamiento jurídico: por ejemplo, además del Derecho de daños, el Derecho de seguros y el Derecho administrativo; (pues) cada uno de estos sectores jurídicos» --concluye-- «se ocupa, con una función diferente, en la atribución de las consecuencias que surgen de la infracción jurídica».

[104](#) Véase Gracia Martín, «Concepto, función y naturaleza», *cit.*, pp. 204 y ss. y *passim*.

[105](#) Así también en el resultado Boldova, «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española», en *Estudios penales y criminológicos*, 33 (2013), pp. 259 y ss. y especialmente pp. 261 y ss.; el mismo, en Gracia/Boldova/Alastuey, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 90; el mismo, en Romeo/Sola/Boldova (coords.), *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Ed. Comares, Granada, 2016, pp. 368 y ss.; Boldova/Rueda, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal Español», en Pieth/Ivory (eds.), *Corporate criminal liability*, Springer Verlag, Heidelberg/London/New York, 2011, p. 276; Cigüela Sola, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2015, pp. 317 y ss., 357 y ss. y 363 y ss.; Molina Fernández, «Societas peccare non potest ... nec delinquere», en *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Miguel Bajo*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 403 y ss. y 415; y Mir Puig, *Bases constitucionales del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 127 y ss.; el mismo, «Las nuevas "penas" para personas jurídicas, una clase de "penas" sin culpabilidad», en *Revista Foro FICP* n° 2014-1, pp. 29 y 31; y el mismo, «Las nuevas "penas" para personas jurídicas, una clase de "penas" sin culpabilidad», en *Revista Foro FICP* n° 2015-2, pp. 145 y 147 n. 12.

ÍNDICE:

I. ESTUDIOS DE PARTE GENERAL

1. La investigación en Derecho penal

Investigar en derecho penal: las enseñanzas de un Maestro

Esther Hava García

Hacia una dogmática jurídico penal como sistema abierto

María José Rodríguez Mesa

Contexto, interdisciplinariedad y dogmática penal

Diana Patricia Arias Holguín

La implantación de los estudios oficiales de criminología en España

José Luis Díez-Ripollés

Derecho Penal y Psiquiatría. De cómo una psiquiatra se aventuró por el mundo penal y criminológico siguiendo al Prof. Terradillos

Julia Cano Valero

Diversidad cultural y Derecho penal

Guillermo Portilla Contreras

Reformas penales y gobernar a través del delito: el caso peruano

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Bienes jurídicos, valores y derechos: satisfacción de necesidades y lucha por el reconocimiento

Mercedes Alonso Álamo

Derecho penal y utopía garantista: una visión latinoamericana

Juan Oberto Sotomayor Acosta

Notas básicas sobre la autoría a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP español): Autoría y significado específico del hecho

Carlos Martínez-Buján Pérez

Sobre la interpretación en Derecho Penal

Iván Meini

2. Evolución histórica de la Ciencia del Derecho penal

Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura

Francisco Muñoz Conde

Metamorfosis del Derecho penal del Estado de Derecho

Eduardo Demetrio Crespo

La Ilustración hispana frente al encierro punitivo: la obra de Lardizábal en su discípulo Joseph Marcos Gutiérrez

Alejandro W. Slokar

1917: La Constitución del Estado social y democrático de derecho en México

Luis Arroyo Zapatero

3. Constitución y ley penal: la imposible convergencia

Exigencias normativas de legitimidad en la ley penal. Constitución y teoría de la legislación penal

Gloria González Agudelo

Los tipos de omisión impropia y el principio de legalidad estricta

Luis Fernando Niño

4. Política y Derecho penal en Europa

¿El Brexit es un reto para la política criminal de la Unión Europea?

María Acale Sánchez

El proceso de integración penal europea

José Luis de la Cuesta Arzamendi

Cultura política de la UE y racionalidades penales nacionales: Reflexiones sobre la penalidad migratoria

José Ángel Brandariz García

El paradigma de la privación de libertad de solicitantes de protección internacional en Europa: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. el Derecho de la Unión Europea

Esther Pomares Cintas

Abusos de mercado y Derecho penal: España e Italia frente al impulso europeo

Adán Nieto Martín

Luigi Foffani

5. Peligrosidad social y Estado de Derecho

A vueltas con el Derecho penal de la peligrosidad

Rafael Rebollo Vargas

Los disfraces de la peligrosidad (la pena del delito común contra la propiedad)

Raúl Zaffaroni

Los «anormales» y su discriminación penal

Nicolás García Rivas

6. Consecuencias jurídicas del delito

¿Penas o medidas?: del garantismo a la confusión

Mercedes García Arán

El castigo de la delincuencia económica y el riesgo de derecho penal de autor

Gonzalo Quintero Olivares

Nuevas tendencias penológicas: hacia la penología del control

Borja Mapelli Caffarena

La prisión permanente revisable: crónica de una derogación anunciada

María del Mar Martín Aragón

7. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

El órgano de cumplimiento en la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: indefiniciones y precisiones

Norberto J. de la Mata Barranco

La conveniencia de la responsabilidad penal de los partidos políticos

Joan Baucells Lladós

Sobre las inconcebibles naturaleza y función penales y sancionatorias de las erróneamente denominadas «penas», medidas de seguridad «penales» u otra especie de sanciones «penales» aplicables a personas jurídicas

Luis Gracia Martín

8. Justicia penal de transición, impunidad y memoria

Ley de Amnistía. Cuarenta años después

Araceli Manjón-Cabeza Olmeda

II. ESTUDIOS DE PARTE ESPECIAL

1. El Derecho penal de la Globalización

Violencia e impunidad: Examen al Estado

Arturo Ventura Püschel

Francisco Javier Álvarez García

La violencia como elemento del delito de rebelión

Miriam Cugat Mauri

Delimitación de las modalidades de conducta en el delito de atentado: el significado de agredir, acometer y oponer resistencia

María del Mar Carrasco Andrino

Francisco Javier Álvarez García

Actualizar la prohibición del genocidio y las masacres

Ramón Sáez Valcárcel

Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de Derechos Humanos en el marco del Derecho penal internacional

Ana Isabel Pérez Cepeda

Derecho penal y exclusión social. El «top manta» en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial

Margarita Martínez Escamilla

La protección penal del crédito después de la crisis económica

Hernán Hormazábal Malarée

La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis. Análisis jurisprudencial

Juan Muñoz Sánchez

Regulación del cannabis: aportes político-criminales para la construcción de alternativas al modelo prohibicionista de control de las drogas

Diego Silva Forné

2. Corrupción

Corrupción pública en Latinoamérica

Fabián Luis Riquert

Crimen organizado, corrupción y responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú

José Ugaz S. M.

El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la Administración pública y por soborno transnacional en el debate parlamentario argentino de 2017

Carlos Julio Lascano

Delito de «cohecho electoral»

Lorenzo Morillas Cueva

«Rendición de cuentas y transparencia» como instrumentos de lucha contra la corrupción de los partidos políticos

M^a José Rodríguez Puerta

3. Derecho penal económico y de la empresa

La protección penal del consumidor digital

Luis Ramón Ruiz Rodríguez

El fantasma del administrador de hecho y otras cuestiones fundamentales en los delitos societarios

José Manuel Ríos Corbacho

Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal colombiano

Fernando Velásquez Velásquez

Valoración de la vigente tutela penal de la propiedad intelectual tras la reforma del Código de 2015

Luis Rodríguez Moro

La vigencia de la categoría delito de cuello blanco cuando los delitos socioeconómicos se comenten en contextos normalizados

Laura Zúñiga Rodríguez

Estafa y fraude de subvenciones: una revisión de sus relaciones concursales

M^a del Carmen Gómez Rivero

¿Nueva alternativa a la pena en materia penal tributaria y previsional en Argentina?

Marcelo A. Riquert

Delito de defraudación tributaria y blanqueo de capitales. Reflexiones en supuestos de regularización tributaria con efectos penales

Fermín Morales Prats

El paralelismo procedimental en la persecución del delito de defraudación tributaria

Juan Carlos Ferré Olivé

4. Delitos patrimoniales

A vuelta con el principio de proporcionalidad, de «non bis in idem» y la multirreincidencia en el delito de hurto: Análisis de la STS 481/2017, de 28 de junio

Carmen Salinero Alonso

5. Derecho penal del trabajo

Contextualizando el «Derecho Penal del Trabajo»

Antonio Baylos Grau

El empresario, principal sujeto obligado a garantizar un medio de trabajo seguro y saludable

Joaquín Aparicio Tovar

¿Existió alguna vez un verdadero Derecho penal del trabajo?

Manuel Jesús Dolz Lago

Derecho penal del trabajo en Colombia

Alfonso Cadavid Quintero

Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa?

Eduardo Ramón Ribas

Pesca ilegal y contratación de trabajadores extranjeros: la Sentencia Varepi

Inma Valeije Álvarez

Proxenetismo lucrativo: ¿una modalidad diferente de explotación laboral?

Beatriz Cruz Márquez

A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?

Ignacio F. Benítez Ortúzar

El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo

Fernando Navarro Cardoso

¡Se acabaron las mayorías absolutas parlamentarias! Una crónica política hacia la descriminalización del ejercicio del derecho de huelga

Rosario de Vicente Martínez

La conducta típica del delito de coacciones a la huelga (art. 315.3 CP)

Bárbara San Millán Fernández

La técnica de tipificación y su relación con la aplicación de los delitos que protegen la vida y la salud de los trabajadores

Cristina Méndez Rodríguez

Disfunciones del sistema judicial en el ámbito penal de la siniestralidad laboral

María Revelles Carrasco

La siniestralidad laboral como delito: consecuencias aplicativas

Rosa M. Gallardo García

Siniestralidad laboral y responsabilidad penal por delitos contra la vida o la salud cometidos en comisión por omisión imprudente en el ámbito empresarial

Carmen López Peregrín

La incidencia de la «nueva» imprudencia menos grave en la siniestralidad laboral

M^a José Cuenca García

6. El delito de inmigración ilegal y la trata de personas

El CP español como paradigma del Derecho de la «crimigración»

Diego Boza Martínez

Reconocimiento del derecho de asilo en España a mujeres víctimas de violencia de género

María del Rosario Gómez López

Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres humanos

María Luisa Maqueda Abreu

7. Protección penal del medio ambiente: luces y sombras

La red para la protección ambiental en el Código penal tras la reforma de 2015: los resultados típicos

Paz M. de la Cuesta Aguado

El medio ambiente y la necesidad de coordinación policial como medio de investigación

Antonio Vercher Noguera

Incertidumbre científica y certeza jurídica. La plasmación del Principio --medioambiental-- de precaución en Derecho penal

Mariana N. Solari Merlo

Protección penal del medio ambiente en la Unión Europea. Luces y sombras

Maria Marquès i Banqué

Compliance ambiental: aspectos esenciales, a la luz de la reforma penal de LO 1/2015, de 30 de marzo

Elena M. Górriz Royo

8. Ideología y valores religiosos en el Código Penal

Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados

Patricia Laurenzo Copello

9. Terrorismo y Derecho

El terrorismo global yihadista: ¿Límites a un derecho penal exagerado?

Juan Carlos Campo Moreno

Reflexiones sobre el terrorismo: del terrorismo nacional al terrorismo global

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

La dimensión política del terrorismo

Carmen Lamarca Pérez

Terrorismo: entre el derecho penal y la seguridad nacional

Antonio M. Díaz Fernández

Contraterrorismo

José L. González Cussac

Inteligencia y contrainteligencia en Chile. El monopolio de la violencia estatal frente al terrorismo y sus distorsiones

Myrna Villegas Díaz

Cristian Parada Bustamante

Reflexiones actuales sobre la lucha contra el terrorismo

Miguel Ángel Núñez Paz

Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal

María Luisa Cuerda Arnau

Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»

Juan Carlos Carbonell Mateu

Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos «Cesar Strawberry» y «Cassandra Vera»

Fernando Miró Llinares

De la prevención del blanqueo de capitales a la de la financiación del terrorismo

Patricia Faraldo Cabana

III. ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL

La reparación de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el Derecho Penal

Octavio García Pérez

Sobre los altos tribunales y la «mística» de la intermediación

Perfecto Andrés Ibáñez

Documento TOL6.932.362

Doctrina

Título: LIBER AMICORUM. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco

Autores: [José Luis Díez Ripollés](#), [Carlos Martínez Buján Pérez](#), [Esther Hava García](#), [Guillermo Portilla Contreras](#), [Mercedes Alonso Álamo](#), [Víctor Roberto Prado Saldarriaga](#), [María José Rodríguez Mesa](#), [Diana Patricia Arias Holguín](#), [Julia Cano Valero](#), [Juan Oberto Sotomayor Acosta](#), [Iván Meini](#)

Fecha: 11/2018

Número epígrafe: 1

Título epígrafe: Capítulo 1. La investigación en Derecho penal

TEXTO:

I. ESTUDIOS DE PARTE GENERAL

1. La investigación en Derecho penal

Investigar en derecho penal: las enseñanzas de un Maestro

Esther Hava García

Catedrática de Derecho Penal

Universidad de Cádiz

I. PUNTO DE PARTIDA

«Investigar en derecho penal es, en primer lugar, estudiar para conocer. Pero la aventura de conocer no es un juego aséptico o sin sentido, se pretende conocer más y mejor para dar con las respuestas adecuadas a los retos que la problemática social nos lanza cada día. Agotados los modelos en los que el estudioso, encerrado en su torre de marfil, devoraba bibliotecas para construir un impecable *puzzle* dogmático, perfectamente inane por su alejamiento de la realidad, pero siempre, en su exquisitez, funcional al poder; hoy se exige que la investigación sobre la *cuestión penal* detecte y jerarquice problemas, diseñe estrategias pluridisciplinarias para afrontarlos --inclusivas, es obvio, de la dogmática más depurada--, integre saberes y profesionales que sometan la valoración jurídica y la decisión política al contraste del dato empírico, y que ofrezca a la sociedad --para la que el investigador trabaja-- soluciones que, en el marco del Estado de Derecho, den cumplida respuesta preventiva a la desviación y al crimen. Si la investigación requiere invertir recursos colectivos para llegar al conocimiento, a la innovación corresponde invertir el conocimiento alcanzado y rentabilizarlo en términos de beneficio social» ¹.

Son palabras de mi Maestro, que resumen una concepción de lo que significa investigar en el campo de la dogmática jurídico penal de la que, creo, somos tributarios todos los que formamos parte de su Escuela. Es la concepción que, como no podía ser de otro modo y por fortuna, ha influido fuertemente en mi propia noción de qué es investigar en derecho penal, la cual a su vez está claramente condicionada por el marco en el que desarrollo mi actividad profesional (la Universidad) y por ello también presidida por una máxima que quizá resulte manida, pero que no ha perdido su vigencia: no es posible ofrecer una docencia de calidad sin el respaldo de una investigación de calidad.

En la Universidad, estudiamos (investigamos) para saber más, pero también para transmitir más. El conocimiento que aporta la investigación no puede (ni debe) ser aséptico o hermético. La investigación en derecho penal llevada a cabo en el ámbito universitario cumple una función social: la de aportar conocimientos e instrumentos válidos para que otros entiendan los complejos problemas (normativos, pero también sociales, políticos, económicos) que se esconden tras la promulgación y aplicación de las normas penales. Conocimientos e instrumentos válidos para que algunos puedan

reflexionar sobre esos problemas y, quizá, hallar las respuestas que a nosotros se nos resisten. También la dogmática jurídico penal puede ser un arma cargada de futuro.

Ya no es una opción, sino una necesidad, romper los muros de esa torre de marfil en la que con cierta frecuencia se encierra el investigador en derecho penal, entusiasmado por el juego que dan las piezas del *puzzle* dogmático, pero irremediabilmente aislado de lo que le circunda. Esta actitud es si cabe más tentadora cuando de abordar estudios sobre teoría del delito se trata. El análisis de los elementos de la infracción penal conlleva una indudable complejidad que apasiona, cuando no obsesiona, al estudioso del derecho penal enamorado de su profesión, quien imperceptiblemente comienza a abrigar esperanzas de dar con un sistema dogmático perfecto, capaz de superar las incoherencias de otros y de explicarlo todo: cómo, por qué y para qué se castiga. Sentado en su mesa de trabajo durante interminables horas, con la sola compañía de innumerables textos que reflejan las más diversas teorías dogmáticas, el penalista que sueña con elaborar el modelo perfecto que lo explique todo puede caer fácilmente en la trampa de obviar, o incluso de olvidar, la realidad².

Pero la función social que desempeña la investigación en derecho penal no se agota en la mera transmisión de conocimientos al estudiante. Ha de apoyar la tarea del juzgador y del legislador, al menos cuando éstos lo permiten³. En el mundo convulso y globalizado en el que vivimos, de vez en cuando el creador y el aplicador del derecho buscan novedosas tesis dogmáticas, estudios criminológicos o propuestas político criminales (investigaciones penales, en definitiva) para afrontar problemas nuevos que los postulados tradicionales ya no son capaces de resolver, o que parecen arcaicos por alejados de las modernas tendencias en la ciencia penal. En otras ocasiones, esa búsqueda se realiza tan sólo para encontrar una coartada válida que permita vestir con los ropajes de la autoridad doctrinal una respuesta penal simbólica, llamativa y por ello popular, aunque carezca de lógica, utilidad y eficacia; es uno de los riesgos que atribuye SCHÜNEMANN al «excesivo refinamiento dogmático cuando los verdaderos problemas sistemáticos ya han sido discutidos hasta llegar a una solución, cuando todos los argumentos importantes han sido encontrados y expresados y la discusión, sin embargo, sigue girando en círculos. La jurisprudencia selecciona, a partir de allí, de entre las innumerables variantes dogmáticas, como si se tratara de una tienda con mercaderías variadas, el esbozo que casualmente se ajusta al resultado deseado»⁴.

¿Cómo pueden coexistir doctrina, labor legislativa y jurisprudencia, relacionarse y aun influirse mutuamente, sin llegar a traicionar cada una sus propios fines? Es posible que no exista una panacea. Pero sí es dable exigir al dogmático una cierta responsabilidad para que el sueño de la razón no produzca monstruos: que salga de su aislamiento, que mida las consecuencias que pueden producir en la práctica, para personas concretas, sus elucubraciones de despacho. Esta exigencia de responsabilidad, este «deber de cuidado», es aún si cabe más acuciante en los tiempos que nos ha tocado vivir, en los que la verdadera investigación en derecho penal (la comprometida con la realidad) es concebida como un lujo cultural por los llamados neutrales que, lavándose las manos, se desentienden y evaden de lo que provocan con lo que escriben.

II. QUÉ INVESTIGAR

¿Qué debe investigar un penalista? La respuesta, como señala TERRADILLOS BASOCO, se impone por sí sola: todos los elementos que permitan lograr el resultado pretendido por el investigador, que no debe ser otro que la búsqueda de soluciones a uno de los diversos problemas que plantea la «cuestión penal». Obviamente el abordaje de ese concreto problema podrá parecer más o menos ambicioso, en función de la relativa complejidad que suscite la materia de estudio, pero en todo caso deberá encaminarse a lograr resultados que sean contrastables y, sobre todo, útiles. Y ello con independencia de que se trate de una investigación puramente dogmática (que persiga una respuesta aplicativa --de los jueces-- o legislativa --de los parlamentos--, reflejada en sentencias o cambios normativos) o de una investigación criminológica (que sale de las bibliotecas universitarias para adentrarse en otros territorios --la prisión, el barrio marginal, el despacho del delincuente de cuello blanco--) cuyo objeto requiere del empleo de otras metodologías: «Si el objetivo es exhumar las posibilidades interpretativas de un precepto o un conjunto de preceptos del Código Penal, la investigación tiene un objeto limitado, de investigación dogmática *stricto sensu*, cuya naturaleza impone una determinada metodología. Si el objetivo es dar una respuesta más adecuada a la delincuencia que ese precepto o conjunto de preceptos castiga, la investigación -- *lato sensu*, I+D+i, comprensiva de alternativas a desarrollar, procedimientos a implantar, e incluso objetos a producir (p. ej., instrumentos telemáticos de control, establecimientos penitenciarios)-- ha de ser de más amplio recorrido y, en consecuencia, está obligada a recurrir a pluralidad de métodos... Investigación

es, y puede ser investigación de altura, tanto la puramente dogmática como la que, tomándola como punto de partida, termina por diseñar e implementar estrategias político-criminales o, incluso, político-sociales de amplio espectro»⁵ -.

Desde luego, no podrá decirse que la realidad que nos rodea se muestre parca en posibilidades a la hora de determinar qué investigar desde la perspectiva penal. De hecho, quizá lo más difícil sea precisamente decantarse por una de esas posibilidades, en un contexto marcado por las constantes reformas legislativas de nuestro ordenamiento penal (que llegan a dificultar no ya la comprensión, sino el mismo conocimiento, de la norma vigente en cada instante)⁶ -; los frecuentes pronunciamientos internacionales que influyen en los diferentes sistemas punitivos internos (de un modo más o menos intenso, dependiendo tanto de la materia regulada como del organismo regulador) o que crean otros, con vocación universal⁷ -; y, sobre todo, los enormes cambios en la fisonomía del trinomio delincuente-víctima-Estado que han provocado factores tales como, por ejemplo, el desarrollo del capitalismo transnacional, la sociedad globalizada, las tecnologías de la información y telecomunicación (TICs) o las políticas neoliberales de las últimas décadas⁸ -.

El amplio abanico de posibilidades de estudio que suscitan esos cambios normativos y sociales hace que buena parte de las investigaciones penales contemporáneas se centren en el análisis de cuestiones tales como, por ejemplo, los efectos producidos por las modificaciones legales de tipos penales clásicos en la fisonomía delincencial tradicional (delitos contra la vida, patrimoniales, sexuales, etc.) o en el examen de los numerosos retos que plantea la nueva delincuencia (delitos socioeconómicos, cibercrímenes, etc.). Tampoco escasean las investigaciones centradas en el análisis de cuestiones de parte general que han irrumpido con fuerza en el panorama normativo de los últimos tiempos, como la responsabilidad penal de las personas jurídicas o el tratamiento punitivo de las nuevas manifestaciones de criminalidad organizada.

Cualquiera de esas materias de investigación, junto a otro sinnúmero de temas, presenta indudables atractivos para el penalista, pero también un importante riesgo: el de alumbrar respuestas parciales que parecen idóneas si el concreto precepto o fenómeno se analiza aisladamente, pero que pueden crear fuertes tensiones cuando tratan de engarzarse con los pilares básicos del sistema punitivo en su conjunto. La propia responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuya necesidad hoy es admitida de forma prácticamente unánime, constituye un buen ejemplo de la compleja problemática que plantea la integración de nuevas instituciones en un ordenamiento punitivo que fue pensado para individuos de carne y hueso, y que ha sido interpretado durante siglos conforme a categorías y principios tales como el concepto de acción, la responsabilidad por el hecho, la personalidad de las penas o la resocialización⁹ -.

Para evitar el riesgo de llegar a conclusiones disfuncionales con el resto del sistema, el penalista ha de ser consciente de dos necesidades: En primer lugar, antes de afrontar cualquier investigación sectorial, debe contar con un modelo metodológico y conceptual con fuertes cimientos, lo suficientemente sólido como para resistir los embates de las nuevas exigencias normativas y sociales, pero también lo suficientemente flexible como para adecuarse a esas exigencias sin quebrarse. En segundo lugar, el penalista debe someter a crítica constante no sólo la concreta materia que investiga, sino el propio modelo que ha tomado como punto de partida, con el fin de que sus conclusiones sean coherentes con los objetivos marcados¹⁰ -.

III. PARA QUÉ INVESTIGAR

Si se prescinde de ciertas motivaciones espurias que puede perseguir en ocasiones la investigación en derecho penal, la pregunta de «para qué investigar» sólo puede hallar una respuesta: se investiga para conocer, comprender y mejorar el sistema punitivo. Lo que implica a su vez el interrogante fundamental que debe hacerse todo penalista antes de emprender cualquier investigación dentro de su disciplina: ¿Para qué sirve el sistema punitivo?

La respuesta a ese interrogante va a estar, como no puede ser de otro modo, fuertemente condicionada por los principios fundamentales del modelo de Estado en el que vive y desarrolla su trabajo el penalista. Pero también lo estará, debe asumirse, por la propia concepción ideológica que se mantenga respecto del sistema punitivo que le ha tocado en suerte. Así por ejemplo nuestro modelo de Estado permite sostener, aunque con ciertas tensiones, tanto una posición expansionista (que, en sintonía con las tendencias del neo-retribucionismo¹¹ -, se preocupa más por la seguridad y la persecución eficaz del delito), como un enfoque garantista¹² - (que da prioridad al análisis de los

derechos fundamentales que son sacrificados o puestos en riesgo con cada nueva norma penal promulgada).

Si es cierto que «el Derecho penal es fruto de una determinada ideología, lo que no es óbice para incorporar el valor de la racionalidad que se deriva del sometimiento a crítica del *ius puniendi* y de la verificación de las posiciones teóricas sobre las que se sustenta y legitima»¹³ —, también lo es que las investigaciones penales resultan permeables a la ideología personal (o incluso a la presunta ausencia de ideología) de quienes las realizan. Es algo inevitable por la propia naturaleza «sensible» que posee la materia a investigar. Pero precisamente por ello el penalista no debe «esconder» los presupuestos ideológicos de los que parte bajo el ropaje de sus argumentaciones científicas. Antes al contrario: su ideología debe resultar bien visible y separable del silogismo jurídico, so pena de caer en la irracionalidad, la demagogia o la falacia. En derecho penal, como en cualquier otra rama del Derecho, casi siempre caben varias soluciones formalmente válidas para un mismo problema. Y cuando el penalista se ha decantado por una de ellas en coherencia con los presupuestos ideológicos de los que parte (lo que se traducirá en propuestas retribucionistas, garantistas, abolicionistas, etc.), el receptor de los resultados de la investigación (ya sea juez, legislador, alumno o la propia academia) debe saberlo. Tiene derecho a saberlo.

En esencia, la ideología personal del investigador en derecho penal le llevará en un primer momento a elegir una de las dos grandes alternativas existentes a la hora de definir las funciones que cumple la pena: la retribución y la prevención. En esa tesitura, muy probablemente el modelo de Estado Social y de Derecho que preside nuestro ordenamiento hará que se decante al menos en teoría por la segunda alternativa, pues difícilmente podrá sostenerse una posición retribucionista absoluta que resulte racionalmente compatible con dicho modelo. No obstante, aun quedarán varias opciones a la hora de perfilar su personal concepción sobre la finalidad perseguida por el sistema punitivo a través de la prevención. Pues desde una perspectiva supuestamente preventivista puede mantenerse que el fin del derecho penal es, por ejemplo, la tutela eficaz del conjunto de derechos fundamentales y bienes jurídicos esenciales de los ciudadanos; pero también que lo es la defensa del ordenamiento jurídico y el restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. La decisión que adopte en este contexto estará, en definitiva, condicionada por su propia ideología y formará parte de los cimientos sobre los que construir el marco conceptual y metodológico que guiará sus futuras investigaciones.

Llegados a este punto, resulta perfectamente asumible la respuesta que da TERRADILLOS BASOCO al interrogante planteado, si bien con el añadido de ciertos matices: ¿Para qué investigar? «Para aportar elementos (jurídicos, filosóficos, políticos, psicológicos, económicos, etc.) que puedan alumbrar innovadoras y mejores estrategias preventivas»¹⁴ —, acordes con la posición ideológica de la que se parte respecto de las funciones que ha de cumplir el sistema punitivo y respetuosas con los principios generales que inspiran nuestro modelo de Estado.

IV. CÓMO INVESTIGAR

Las páginas anteriores han pretendido poner de manifiesto algo que, por lo demás, parece evidente: el objeto principal de estudio en derecho penal es, ante todo, Derecho, y la labor investigadora debe emprenderse siendo consciente de los fuertes condicionantes (sociales, políticos e ideológicos) a los que está sujeto el contenido de nuestra disciplina. El hecho de que el penalista en el desarrollo de su labor haya de tomar como punto de referencia ineludible todo un complejo de normas jurídico-positivas, indica la necesidad de que éste maneje una metodología de trabajo específica, y de idoneidad probada, para su comprensión y elaboración teórica; y ese instrumento es la dogmática.

En efecto, tradicionalmente se ha venido entendiendo que investigar en derecho penal es aplicar al estudio de las leyes un método riguroso, el dogmático, que es el que ha permitido la elaboración de una teoría del delito capaz de sistematizar e interpretar las disposiciones legales, los pronunciamientos jurisprudenciales y las opiniones doctrinales; un método que, cuando consigue superar la asepsia de lo meramente formal o puramente metafísico (la torre de marfil de la que habla TERRADILLOS BASOCO) sirve no sólo para garantizar en el interior de las aulas el rigor exigible a la actividad docente, sino también para proporcionar a los destinatarios de la norma y a sus aplicadores una imagen nítida de los límites entre lo prohibido y lo permitido, entre lo que es delito y lo que no lo es¹⁵ —.

En esencia, la dogmática formula las directrices necesarias para la resolución de problemas jurídico-penales a un nivel de abstracción medio, situado entre la ley y el supuesto de hecho. Para ello busca la respuesta a cuestiones concretas en reglas susceptibles de ser generalizadas, a fin de

facilitar una mejor comprensión de conceptos y figuras que no han recibido una concreta definición jurídico-positiva; así ocurre, por ejemplo, con la expresión «infracción del deber de cuidado», que fue acuñada doctrinalmente y posteriormente asumida por la jurisprudencia, con el objeto de ofrecer una imagen más completa y precisa del término legal «imprudencia» ¹⁶.

Todo lo que la dogmática produce se presenta luego en un orden coordinado y «transparente», el cual, como señalaba HASSEMER, puede ser invocado «por quien, partiendo de la ley, quiere rellenar el marco formulado abstractamente, y por quien, partiendo del caso, busca las reglas más generales que son válidas para "casos de la misma clase"» ¹⁷. De este modo, sólo podrá afirmarse que la tarea de la dogmática jurídico-penal es la interpretación de las normas penales positivas si se emplea el término «interpretación» en su acepción más amplia, esto es, incluyendo lo que constituye la propia elaboración del sistema ¹⁸.

Pero ni siquiera la interpretación, como primera fase del método dogmático, responde a la pureza del silogismo ¹⁹, pues como ya se ha dicho es inevitable la existencia en el intérprete de todo un conjunto de valoraciones previas que condicionan el sentido de su trabajo: «la lógica jurídica se presenta así no como lógica formal, sino como una argumentación que depende de la manera en que su autor concibe su misión y de la idea que se hace del Derecho y de su funcionamiento»; esa labor «creativa» del intérprete se manifiesta ante todo en el vasto dominio de los conceptos jurídicos indeterminados, los elementos normativos, las cláusulas generales, etc., supuestos en los que a menudo la concreta técnica hermenéutica a emplear es seleccionada a partir de la previa valoración de los resultados a que puede conducir ²⁰.

Ello es así porque, junto a la irremediable referencia a los datos empíricos, aparecen en la creación y estudio del derecho penal, como protagonistas de primer rango, las cuestiones axiológicas; lo que impide no sólo al investigador y al docente, sino también al propio legislador, aspirar válidamente a la obtención de verdades absolutas e inmutables. La verdad «jurídica» constituye, como en otras ciencias, «una verdad parcial y provisional, dependiente, en definitiva, del consenso de los miembros de la comunidad científica en un momento dado» ²¹; en este contexto, el grado de consenso científico obtenido dependerá fundamentalmente de la solidez y racionalidad de los argumentos empleados tanto en la elaboración teórica ²² como en la aplicación práctica, parámetros que ayudarán a determinar el grado de coherencia interna alcanzado por cada sistema, sometiendo la argumentación dogmática a controles ciertos y fiables ²³ en sus diferentes niveles: desde la selección de las premisas valorativas que sirven de fundamento al sistema, hasta la formulación de las concretas soluciones que se proponen para conceptos y estructuras problemáticos ²⁴.

Por otro lado, la renuncia a la consagración de verdades absolutas no implica conformarse con la corrección formal de los procesos de argumentación, so pena de olvidar que el legislador dicta normas penales para resolver determinados conflictos de intereses que no desaparecen por el hecho de que el intérprete, encerrado en un análisis meramente formal de la realidad jurídica, renuncie en apariencia a estudiarlos y, con ello, a ejercer toda función de crítica del sistema. Conviene insistir en un dato, en mi opinión, incuestionable: tanto la actividad legislativa como la labor interpretativa son reflejo de una concepción global, más o menos científicamente fundada pero, sobre todo, transida de ideología; buena prueba de ello, recuerda TERRADILLOS BASOCO, es la estrecha relación que se ha venido estableciendo desde siempre entre paradigma político y método de la ciencia del derecho penal: «la dogmática de BELING es traducción, en nuestra disciplina, del originario modelo liberal, como las aportaciones metodológicas de LISZT lo son del Estado social de Derecho, o la criminología crítica es reflejo del intento de incorporación del marxismo al análisis de los fenómenos sociales y, más en concreto, a la cuestión criminal» ²⁵. Parecidas consideraciones pueden hacerse, por ejemplo, respecto de las contribuciones dogmáticas presuntamente «apolíticas» de MEZGER al sistema penal de la Alemania nazi ²⁶, o de las razones «pragmáticas» que justifican la distinción entre «Derecho penal del ciudadano» y «Derecho penal del enemigo» ²⁷, expresión esta última acuñada por JAKOBS ²⁸ para referirse a un modelo punitivo que guarda más relación con los postulados de los sistemas penales de ciertos estados totalitarios de las que sus seguidores están dispuestos a admitir ²⁹. En cualquier caso, el modelo estatal constitucionalmente conformado determinará el ámbito susceptible de ser regulado por el legislador penal, así como las condiciones y circunstancias

esenciales en que ha de ejercerse tal potestad punitiva. En consecuencia, cualquier intento de interpretación y de construcción jurídica científica habrá de desarrollarse dentro de los confines de ese modelo, y con la mayor o menor «libertad de movimientos» que éste permita; lo que en última instancia significa que, incluso la parte de nuestra disciplina en principio más necesitada de elaboración dogmática (la teoría del delito y de la pena), deberá someterse a las concretas exigencias constitucionales.

Pero el esfuerzo por conectar el método dogmático con el estatal conformado por la Constitución española de 1978 no es una mera labor técnica, sino que posee un profundo significado político, y también ideológico, que va más allá de la «materia prima» aportada por el Texto Fundamental. La dogmática, al tratar de asegurar la correspondencia entre la resolución judicial y el programa de decisiones del legislador que se materializa en las disposiciones legales, garantiza la unión de los diferentes subsistemas que integran el sistema jurídico y persigue dos objetivos esenciales, íntimamente relacionados con los postulados axiológicos establecidos constitucionalmente: por un lado, favorecer una aplicación igualitaria, segura y previsible de las normas positivas; por otro, evitar que dicha aplicación se realice de espaldas a la función que el derecho penal pretende cumplir³⁰, y al contexto social que pretende ordenar. La exacta configuración de la función otorgada al modelo punitivo, delimitada conforme a los parámetros constitucionales pero también transida de la ideología, se traducirá en el sistema dogmático asumido por el investigador y en su comprensión de la realidad jurídica; la concreta interpretación de los diversos datos que conforman el contexto social en que las leyes penales deben aplicarse estará, a su vez, condicionado por los instrumentos metodológicos que se empleen para acercarse a la realidad empírica.

Hacia una dogmática jurídico penal como sistema abierto

María José Rodríguez Mesa

Profesora Titular de Derecho Penal

Universidad de Cádiz

«Sólo desde la facticidad, el ejercicio del Derecho punitivo puede quedar socialmente legitimado»

Juan. M. Terradillos Basoco

I. INTRODUCCIÓN

Afirma JUAN TERRADILLOS que «*preventismo y garantismo no sólo pueden caminar juntos, sino que éste carecería de sentido sin aquél*»³¹. El diseño de estrategias preventivas --que ha de ser un diseño global--³² presupone una necesaria vinculación del Derecho penal con la realidad social que disciplina, lo que implica la renuncia a un pensamiento estrictamente sistemático en el que no tengan cabida las valoraciones metajurídicas.

Ello no significa, sin embargo, ni la adscripción a una postura tópica, ni la renuncia a la elaboración de un sistema. De lo que se trata es, precisamente, de orientar el sistema hacia el problema: de configurar sistema abiertos a la realidad, al caso concreto y a las necesidades de política criminal, con sus consiguientes implicaciones en el alcance y significado de todas las categorías y elementos del sistema³³. Advierte DÍEZ-RIPOLLÉS en este sentido, de la urgencia de profundizar en la elaboración de una teoría y una técnica de legislación penales que sientan claramente los presupuestos materiales, y no solo formales, de cualquier decisión legislativa penal³⁴.

Esa tarea solo podrá realizarse asumiendo, como nos ha enseñado el profesor TERRADILLOS con su ejemplo, una visión interdisciplinaria del fenómeno criminal, «*que nos permita, dinámicamente, encontrar respuesta a situaciones reales que no solo son cambiantes, sino también dramáticas*»³⁵.

II. EL MÉTODO TELEOLÓGICO-VALORATIVO COMO PUNTO DE PARTIDA

Considerada como punto de partida del moderno pensamiento teleológico-funcionalista, el *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* propuesto por ROXIN pretende superar las barreras existentes entre el Derecho penal y la Política criminal mediante la configuración de aquél a partir de las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena. Desde esta perspectiva se construyen los distintos elementos del delito, asignando a cada uno de ellos alguna finalidad político-criminal. Al contemplarse lo normativo desde su dimensión social se aspira a hacer del sistema un instrumento válido para la solución satisfactoria (político-criminalmente) de los problemas reales de la sociedad. Así, se propone un sistema jurídico penal que no prescinde del pensamiento sistemático, pero que tampoco se encuentra determinado por concepciones ontológicas. La dogmática penal aparece, pues, como un sistema abierto, y por tanto, en continua renovación y creación. La dogmática se convierte en un camino de ida y vuelta, estos inductivo y deductivo, al configurarse como un sistema abierto

que puede ir siendo reformulado en sus bases. En consecuencia, y como advierte TERRADILLOS BASOCO, la dogmática puramente conceptual y formal deja paso a una dogmática crítica e integradora, con una sólida base político-criminal³⁶. Desde esta perspectiva, señala GARCÍA RIVAS, « la política criminal no diseña --sólo-- el Derecho penal futuro, sino que define el Derecho penal presente, cuya textura es permeable a consideraciones político-criminales»³⁷.

Este planteamiento ha supuesto una importante y valiosa aportación para la dogmática jurídico-penal. Como advierte TERRADILLOS BASOCO, sin estos requerimientos preventivos el edificio entero carecería de justificación³⁸. Pero además, sólo al abandonar un planteamiento estrictamente positivista y al abrir al intérprete a los imperativos, inevitablemente creadores³⁹, de la política criminal se consigue la construcción de una ciencia ágil y dinámica, crítica y creadora, en definitiva, abierta --con el sólido respaldo que le proporcionan sus bases constitucionales-- para convertirse en el sustento de la ciencia penal contemporánea.

De signo muy diverso es, por supuesto, la dirección funcionalista propuesta por JAKOBS. Aquí la normativización de los conceptos no va dirigida a abrir la puerta a consideraciones político-criminales. El Derecho penal no es funcional a unos fines, sino a la propia sociedad, y en esa medida es concebido como un instrumento de estabilización social, de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas⁴⁰. Esto rompe con la tesis de ROXIN, puesto que en una justicia que alcanza su fin mediante su mera existencia, no hay lugar para una política-criminal en el sentido de acreditación y control a través de persecución de fines demostrables⁴¹.

Es evidente que, desde el momento en el que el Derecho penal deja de tutelar bienes jurídicos para proteger funciones, la teoría sistémica expresa una evidente contradicción con el modelo de Derecho penal mínimo y garantista, como el que se deriva de nuestra Constitución. Pero, además --y desde la perspectiva estrictamente metodológica--, desde el momento en el que se trata de ofrecer una sistematización del Derecho penal vigente que resulte plenamente explicativa del mismo, se corre el riesgo desde el punto de vista político y político-criminal de que sus esquemas respondan a designios claramente conservadores del *status quo* legitimadores de cualquier sistema social. Esto es, la dogmática jurídico-penal dejaría de cumplir su función crítica, y en consecuencia, la de garantizar los derechos del individuo frente al poder arbitrario del Estado⁴².

Si, como advierte TERRADILLOS BASOCO, « sólo la idea de disfuncionalidad respecto a la estructura social es el criterio determinante del ejercicio del *ius puniendi*, pueden subordinarse las necesidades del individuo a las sociales hasta el extremo de estar justificada la eliminación de los seres humanos inútiles o molestos, por ser ésta "funcional"»⁴³.

III. DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL Y CIENCIAS SOCIALES

El conocimiento de la realidad jurídica no puede limitarse, como nos recuerda TERRADILLOS BASOCO « a la construcción de un universo conceptual en el que cada disposición legal ocupe un lugar preciso, de contornos bien definidos e interrelaciones prefijadas. La norma jurídico-penal cualquiera que sea el concepto que de la misma se maneje, tiene vocación de trascendencia: está tendencialmente dirigida a dar respuesta a situaciones reales de conflicto. Es por ello por lo que toda pretensión de conocimiento del Derecho ha de tener también presente una perspectiva funcional, analizando la corrección de las opciones legislativas e interpretativas no sólo con criterios internos a la propia norma, sino en base al cotejo entre la función que a la norma se le asigna, la que desempeña y la que puede desempeñar»⁴⁴.

Es evidente que en la actualidad no cabe que el dogmático ignore en su labor los datos de la realidad, pues lo contrario implica marginar toda la vertiente práctica de su ciencia⁴⁵. Será difícil que el juez acierte en su decisión del caso concreto --y que tengan éxito los programas de prevención del delito y resocialización del delincuente-- si se carece de los conocimientos científicos más elementales sobre el problema criminal⁴⁶.

En el necesario acercamiento de la dogmática jurídico-penal a las ciencias sociales se precisa, no obstante, una actitud prudente ante las aportaciones de las ciencias extrajurídicas⁴⁷, dado que, como advierte GARCÍA-PABLOS el objeto, método y necesidades a las que respectivamente se orientan, no coinciden⁴⁸. En efecto, el Derecho penal precisa del conocimiento de la realidad, pero no se puede ignorar que su papel sobre tal realidad es principalmente el de proceder a su valoración desde

los criterios del ordenamiento jurídico. Así, el contenido del Derecho penal --aun teniendo por objeto datos de la realidad-- es un contenido valorativo desde el punto de vista del Derecho que en modo alguno puede ser sustituido por meras constataciones empíricas o valoraciones de la realidad elaboradas desde fuera del sistema penal.

Por otra parte, es obvio que la apertura hacia la realidad es, hoy por hoy, una exigencia metodológica acorde con el proceso de evolución del pensamiento filosófico y jurídico. Por lo que no es de extrañar, « *que igual giro hacia lo concreto, hacia la realidad social, se acuse, también, en la metodología penal*» ⁴⁹ —. No se trata, desde luego, de convertir al Derecho penal en una técnica social ni de trasladar métodos como el sociológico al ámbito de la dogmática jurídico-penal. En este sentido, es preciso huir del sociologismo de quienes emplazan el Derecho en el terreno neutro y relativo de los sistemas sociales, preocupados solo de la funcionalidad o disfuncionalidad para los mismos de las diversas condiciones, olvidando así, que el ámbito específico del Derecho es el de lo normativo y el de las valoraciones ⁵⁰ —. Pero, tampoco, de seguir anclados en el dualismo metodológico de VON LISZT, en el que la ciencia del Derecho penal era concebida como una ciencia «puramente sistemática» en la que, por supuesto, no tenían cabida las valoraciones propias de la política criminal. La ciencia del Derecho penal no puede ni debe desarrollarse ni evolucionar de espaldas a la realidad, lo que, a su vez, implica también el acercamiento del método lógico-deductivo a los métodos propios de las ciencias sociales. Ahora bien, la aproximación de la ciencia penal a la realidad y la metodología interdisciplinaria encuentran su límite en la función valorativa («deber ser») y no meramente descriptiva («ser») que corresponde a la Ciencia del Derecho penal como ciencia eminentemente jurídica. De los riesgos del eventual abandono de la dogmática jurídico-penal en aras de otras ciencias que también se ocupan del fenómeno criminal nos advierte GIMBERNAT cuando señala que «*si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería*» ⁵¹ —.

IV. LA OBSERVACIÓN DE LA REALIDAD COMO BASE PARA LA CORRECTA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE ACTUACIÓN DEL DERECHO PENAL

Como afirma TERRADILLOS BASOCO, el sistema penal no se agota en la ley penal, por lo que su valoración no se puede realizar en el plano de la pura normatividad, ignorando lo fáctico ⁵² —. En la medida en que la Criminología se enfrenta al delito como fenómeno real, y se sirve de métodos empíricos para examinarlo, proporciona a la Dogmática jurídico-penal la base empírica precisa para su acercamiento a la realidad.

Si, como dice MUÑOZ CONDE, « *no quiere hacerse un Derecho penal de espaldas a la realidad, deberán tenerse muy en cuenta los conocimientos que sobre esa realidad la Criminología ofrece*» ⁵³ —. La función de la Criminología es aportar un núcleo de conocimientos verificables empíricamente sobre el delito, el delincuente, la víctima y el control social del comportamiento desviado ⁵⁴ —. Para ello se sirve de un método empírico, es decir se basa en la observación del mundo que nos rodea, y establece hipótesis a partir de estas observaciones. Las discrepancias entre los métodos empírico y dogmático ponen de manifiesto, como subrayan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, la división del panorama actual de la ciencia del Derecho penal en dos grandes ramas o tendencias: «*la orientación criminológica se ocupa del delito como fenómeno social y biopsicológico, analizando sus causas y proponiendo remedios para evitarlo, prevenirlo o controlarlo; la orientación jurídica estudia el delito y sus consecuencias como un fenómeno jurídico regulado y previsto por normas jurídicas que hay que interpretar y aplicar. La orientación criminológica se sirve en su investigación de métodos sociológicos o antropológicos, según el carácter social o individual de su enfoque, o de ambos conjuntamente. La orientación jurídica emplea un método técnico-jurídico o dogmático que sirve para interpretar y sistematizar las normas jurídicas que se refieren al delito y a sus consecuencias*» ⁵⁵ —.

En los intentos por coordinar la relación entre Criminología y Dogmática penal no puede olvidarse, pues, que constituyen dos planos distintos, uno del «ser» y otro del «deber ser». El ser no deriva del deber ser, ni éste del ser, así que la atribución de responsabilidad --que es un criterio normativo-- no puede fundamentarse solo en los datos de la naturaleza ⁵⁶ —. La distinción entre los ámbitos criminológico y dogmático no debe llevar, sin embargo, a la ruptura de los nexos que relacionan ambas disciplinas ⁵⁷ —; de lo que se trata es, como pone de relieve ROXIN, de lograr la efectiva

integración de los conocimientos jurídicos y criminológicos sin que esto suponga la pérdida de la necesaria autonomía que ha de poseer cada una de las distintas ciencias penales ⁵⁸.

La Criminología delimita y critica el concepto legal de delito desde los datos que le aportan su observación y análisis de la realidad. Solo desde esta perspectiva la Criminología podrá deducir las consecuencias críticas sobre el concepto de delito mantenido en el Derecho penal vigente y ejercer así una función político criminal que permita al legislador futuro configurar un concepto jurídico de delito acorde con las concepciones dominantes en la sociedad ⁵⁹.

Frente a la orientación etiológica que caracterizaba a la Criminología desde que irrumpe en el panorama científico, ya a principios del siglo XX comienza a atisbarse que el fenómeno criminal era mucho más complejo de lo que suponía, y que no parecía existir una explicación satisfactoria para su origen y manifestaciones, destacándose así que la intervención penal para prevenir y controlar la delincuencia carecía de bases firmes en las que apoyarse.

La Criminología de índole etiológica estudió la criminalidad a partir de los datos suministrados por las estadísticas oficiales y sobre la población recluida en los establecimientos carcelarios o sometida a algún otro tipo de control penal. Pero las estadísticas oficiales no reflejan la criminalidad real. Es decir, son muchos más los delitos cometidos que los conocidos por los órganos policiales y de justicia, y los que finalmente culminan con una sentencia condenatoria, que los que refleja la «criminalidad oficial». El desconocimiento de una considerable cifra de delitos --y, en consecuencia, de delincuentes-- relativiza no solo los resultados obtenidos, sino también los conceptos de delito y delincuente.

Las investigaciones criminológicas llevadas a cabo a partir de la segunda mitad del siglo XX vinieron a demostrar, además, que la infracción penal no es un dato fáctico que pueda ser evaluado independientemente de la interacción de sujetos sociales que ocupan diversas posiciones sociales. Es decir, la criminalidad es en gran medida socialmente construida, tanto a nivel de la definición legal de lo que se considera delictivo como de la definición situacional de un acto como delictivo y la consiguiente decisión de someter ese acto al sistema de justicia penal. La afirmación de la construcción social de la criminalidad --con el porcentaje de selectividad que ello implica--, conlleva, por una parte, que el protagonismo del delincuente haya cedido a favor del estudio de los procesos y mecanismos de control social. Y, por otra, que ya no se acepten, sin discusión, el concepto de delito y las instituciones de control del mismo ⁶⁰.

El sistema penal ha de valorar no solo la ley penal, sino también « *los procesos de definición del crimen, de selección de delincuentes...* » ⁶¹, en definitiva de los procesos de criminalización. Y han sido, precisamente, el análisis teórico y las investigaciones empíricas realizadas por la Criminología sobre cada uno de los momentos en los que despliega sus efectos el sistema penal, los que han llevado a la crítica del Derecho penal y la reconstrucción de su ámbito de actuación.

En efecto, en el momento de creación de las normas (criminalización primaria), el Derecho penal no siempre defiende todos y solo los bienes esenciales en los cuales están interesados todos los ciudadanos, y cuando castiga las ofensas a los bienes esenciales, lo hace con intensidad desigual y de modo parcial. Las investigaciones cuantitativas, y sobre todo cualitativas, sobre la cifra negra de criminalidad evidencian, a su vez, que el estatus de delincuente (criminalización secundaria) no depende tanto de la dañosidad social de las acciones y de la gravedad de las infracciones a la ley, como de la posición social del individuo ⁶².

Con independencia del grado en el que sean asumidos estos postulados, es imposible ya ignorar la imagen del funcionamiento real del sistema penal que nos ha proporcionado la criminología crítica. Frente al Derecho penal del Iluminismo cuya máxima era la igualdad en su aplicación, el actual Derecho penal aparece, en gran medida, como instrumento de desigualdad social.

Los conocimientos aportados por la Criminología permiten avanzar en la reconstrucción del legítimo ámbito de actuación del Derecho penal: mediante la discriminalización de todos aquellos comportamientos que no afecten a una necesidad esencial de todos los ciudadanos, y la adecuada tutela de intereses y bienes esenciales para el adecuado desarrollo de todos y cada uno de los individuos como personas y que han estado desprotegidos ⁶³. Si, como afirma TERRADILLOS BASOCO, « *el concepto de derechos fundamentales va indisolublemente unido al de Estado de*

*Derecho, pues sólo en el marco de éste tiene sentido hablar de aquellos»*⁶⁴, el ordenamiento jurídico-penal propio de un Estado de Derecho ha de configurarse como un sistema de defensa y garantía de los derechos humanos⁶⁵.

Como contrapartida a la «reducción del Derecho penal» se propugna la necesidad de formular una política criminal alternativa sustentada, principalmente en dos pilares: utilización mínima de la prisión y medidas alternativas a ella. Pero, como la prisión es un hecho al que ni siquiera los defensores de un Derecho penal mínimo pueden renunciar, se formula un concepto alternativo y crítico a la resocialización, que se concibe como una oportunidad para obligar al Estado a prestar los servicios elementales de que carecía el condenado en el momento en el que cometió el delito.

No obstante, el hecho de que se admitan como válidos algunos de los postulados propios de la Criminología crítica (desigualdad y selectividad en la elaboración y aplicación del Derecho penal) con las consecuencias que de ello se desprenden para el modelo de Derecho penal no significa un rechazo frontal a la función de diagnóstico del fenómeno criminal que tiene que seguir desempeñando la Criminología, aunque eso sí, desde una perspectiva diferente a la que ha sido la tradicional en la que ocupa un papel relevante el contexto (aprendizaje social y ambiente) en el que se desarrollan las actividades delictivas.

V. DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Los conocimientos aportados al Derecho penal por la Criminología operan a modo de límites a las valoraciones. En la medida en que la Dogmática es una ciencia jurídica, los juicios normativos son imprescindibles, sin que puedan ser sustituidos por los conocimientos empíricos. La disciplina que ejerce el papel de mediador entre los conocimientos empíricos de la Criminología y normativos del Derecho penal, es la Política criminal. Son las valoraciones político-criminales las que determinarán finalmente las valoraciones del Derecho penal, pues le indicarán cómo y por qué intervenir con el instrumento penal o utilizar otros instrumentos de control social menos lesivos⁶⁶.

Frente a las posturas que restringen el ámbito de la Política criminal a «*la determinación del cometido y función de la justicia criminal*»⁶⁷, se viene imponiendo una concepción amplia de la misma, entendida como «*el conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal*»⁶⁸. Ambas definiciones son, sin embargo, demasiado estrechas. Aquélla, porque al circunscribir el ámbito de actuación de la política criminal al espacio de la justicia criminal, deja fuera de los cometidos propios de esta disciplina el planteamiento y propuesta de medidas «no penales» orientadas a la prevención del delito. Ésta, por su parte, al concebir la Política criminal como un conjunto de respuestas alternativas al fenómeno social, subestima la que ha sido considerada una de sus principales funciones: «*la crítica de las instituciones vigentes y la preparación de su reforma conforme a los nuevos ideales jurídicos que van surgiendo a medida que el ambiente sociocultural va cambiando*».

La prevención de la delincuencia, objetivo fundamental del sistema penal, viene a constituir el eje de toda la Política criminal. Ahora bien, desde el momento en el que el ámbito de esta disciplina se amplía al conjunto de instrumentos que tiene la sociedad para afrontar la criminalidad, la Política criminal trasciende el ámbito puramente penal, para conectar con todas las formas de control social formales e informales⁶⁹. Desde esta perspectiva, el Derecho penal aparece como el más importante --por la gravedad de sus sanciones--, pero en definitiva, uno más de los medios de lucha contra el fenómeno criminal. Ello implica, a su vez, que la intervención punitiva sólo sea legítima cuando forme parte de una estrategia global y racional de lucha contra el delito⁷⁰. Este modelo, como dice BARATTA, permite elaborar estrategias de protección de los derechos que puedan coordinar las intervenciones reactivas o preventivas de distintas políticas públicas, también aquellas de la política del Derecho penal, cuando sea inevitable⁷¹.

En cuanto se trata de fijar y realizar metas político-criminales, es necesario adoptar decisiones valorativas que, como apunta ZIPF, no pueden deducirse sin más de la contemplación empírica de la realidad social, sino que han de obtenerse a partir de baremos valorativos⁷². La naturaleza eminentemente valorativa de la política criminal debe traducirse, pues, en una actitud valorativa de

los datos que arrojan las investigaciones empíricas y en una penetración en las diversas categorías del sistema --y, por supuesto, en la teoría de la pena--, de las necesidades y exigencias derivadas de la Política criminal ⁷³.

La Política criminal se formula básicamente en términos de eficacia y se valora por su funcionalidad, por su idoneidad para hacer efectivo un programa penal determinado ⁷⁴. Pero, como advierte TERRADILLOS BASOCO, «la eficacia no puede entenderse como búsqueda a ultranza de éxitos preventivos en pos del utópico objetivo de una sociedad sin delitos» ⁷⁵. La política criminal se basa en un catálogo de intereses predeterminado constitucionalmente, pero también en una serie de derechos y en un código de valores que gozan de idéntica protección constitucional, y será legítima en tanto sea capaz de dotarlos de vigencia. Es en ese contexto en el que, como puntualiza TERRADILLOS BASOCO, ha de examinarse la idoneidad de cada alternativa político criminal ⁷⁶. Por tanto, será el sistema de valores y principios contenidos en la Constitución el punto de referencia básico y fundamental de las valoraciones político-criminales que deben guiar cualquier programa de lucha contra la criminalidad.

Los principios constitucionales, como subraya BRICOLA, operan así como pilares sobre los que se apoya la construcción dogmática penal y como límites garantísticos de selección en la estrategia de la lucha contra la criminalidad ⁷⁷. La legitimación de la actuación política y, por tanto de una determinada Política criminal, reside entonces, no solo en su capacidad para organizar las respuestas que la sociedad demanda frente al fenómeno criminal, sino en prevenir dicho fenómeno dentro del sistema de valores democráticos ⁷⁸, incompatible como dice TERRADILLOS BASOCO «con la reducción de lo estatal al nivel de mero mecanismo de control» ⁷⁹ y con la cada vez mayor consolidación de un Derecho penal de la emergencia o de la excepción que «baja los brazos ante el desarme garantista» permitiendo que «lo que nació como respuesta a la emergencia se transforme progresivamente en normalidad estructural» ⁸⁰.

Contexto, interdisciplinariedad y dogmática penal ⁸¹

Diana Patricia Arias Holguín

Profesora de Derecho Penal

Universidad de Antioquía

I. LAS ENSEÑANZAS DEL MAESTRO: EL DERECHO PENAL DE LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS Y EL ESPACIO-TIEMPO DEL ESTUDIO SOBRE LA POLÍTICA PENAL

Me fue imposible iniciar un texto escrito en honor a mi maestro Juan Terradillos Basoco prescindiendo de unas consideraciones en torno a nuestra relación personal y académica y de lo que me dejó mi paso por Cádiz. Antes de llegar a su escuela ya estaba cargada con muchas referencias de mis maestros latinoamericanos, Juan Sotomayor Acosta y Alfonso Cadavid Quintero, especialmente con relación a los costos que él sufragó por la defensa de la libertad en momentos en los cuales estaba seria y sistemáticamente amenazada, así como la reivindicación de la Universidad como un lugar especial en el cual se realiza la libertad de pensar y de actuar, la libertad de ser uno mismo sin la amenaza de prisiones políticas, económicas, epistemológicas o teológicas. Tal disposición hacia la libertad también marcó nuestra relación durante los cinco años que estuve bajo su tutela; siempre advertía sus puntos de vista, escuchaba con respeto los míos y dejaba la decisión final en mis manos, aun contando con los peligros que conlleva el ejercer la libertad en plena juventud intelectual. Con la madurez que impone el paso de los años veo que ese camino que, «el Profe», recorrió conmigo, ese respeto por la libertad expresado no sólo en sus escritos académicos y en sus luchas, sino también en las relaciones cotidianas, es la actitud personal que requiere la construcción de sociedades más democráticas. Y más allá de lo estrictamente personal, esta nota permite destacar la coherencia política y filosófica con la que ha encarado su vida universitaria y su producción académica. La defensa de que el derecho penal que está a la altura de las sociedades democráticas, es aquél que sintetiza los principios del derecho penal garantista. En este sentido, en la discusión sobre el qué y el cómo del derecho penal económico y de la empresa, ha marcado la tendencia de reivindicar que la intervención en esos ámbitos no debe desbordar el marco trazado por las garantías y los límites, que hacen que el derecho penal pueda catalogarse como democrático. Así, ha afirmado que aceptar la represión punitiva frente a la criminalidad grave no implica que se esté haciendo una defensa de la expansión del Derecho penal «...que le haga traspasar los límites fijados por su tradicional cometido

de tutela, [...], convirtiéndolo en un instrumento puramente funcionalista, al servicio de contingentes programas políticos y elaborados al margen de las garantías propias del Estado de Derecho; o como instrumento meramente simbólico [...], cegado por la ambición de tutelar todos los bienes jurídicos relevantes...»⁸². Asimismo, desde los parámetros de un derecho penal democrático, evalúa las tendencias punitivas actuales como por ejemplo las que se activan desde ámbitos supranacionales y nacionales frente al terrorismo⁸³. Ahora bien, junto a sus enseñanzas políticas, deben también resaltarse las metodológicas, las cuales adquieren una gran importancia en los Estados constitucionales y democráticos de derecho, donde la protección de los derechos sociales, pero también de la libertad y de la autonomía moral, es central, y debe ser acompañada con el reconocimiento de que se está ante sociedades pluralistas, que admiten diversos modos de configurar la vida, teniendo como único límite el mundo de los otros. Dentro de tales enseñanzas metodológicas destaco dos:

Las decisiones metodológicas para interpretar las normas de la parte general y especial de los códigos penales de los distintos países, deberían siempre considerar las coordenadas de espacio y tiempo en el que son producidas y, además, interpretadas. Esto podríamos designarlo como criterio de dependencia contextual. La labor de ubicar en el espacio-tiempo los fenómenos intervenidos a través de los procesos de criminalización, se puede advertir nítidamente en su reciente trabajo sobre política criminal y terrorismo. En dicho texto, además de realizar una labor genealógica sobre los modos en los que este fenómeno ha sido criminalizado desde el siglo XVIII, destaca los matices según el contexto y esclarece morfológicamente las definiciones del terrorismo, atendiendo a sus fines y a su contexto. Tal tarea está lejos de ser sólo un ejercicio de mera erudición, por el contrario, impacta la labor hermenéutica al condicionar la respuesta que se da a qué puede entenderse legítimamente criminalizado y qué no⁸⁴.

La interdisciplinariedad es la brújula que permite comprender en toda su complejidad los fenómenos que pretenden ser afrontados con la criminalización de comportamientos. Advertir esa complejidad facilita la labor hermenéutica, porque permite precisar los modos bajo los cuales las normas penales pueden alcanzar sus finalidades en el marco de un sistema de protección de las libertades ciudadanas. Interpretaciones garantistas que encaren la complejidad de los problemas sin rozar límites funcionales, sin desbordar el marco legal. El trabajo interdisciplinario del maestro Juan Terradillos Basoco puede advertirse en muchas de sus obras. No obstante, aquí no citaré las recientes, sino que me valdré de una más antigua, «Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal, función simbólica de la pena»⁸⁵. Allí incorpora fuentes de diversas disciplinas, la filosofía, la sociología, la economía política, para hallar una comprensión del concepto de bien jurídico que permita potenciar los límites al *ius puniendi* y así configurar un derecho penal democrático. Al hilo de esta exposición realiza también una crítica aguda frente a la perspectiva funcionalista⁸⁶.

En las páginas que siguen abordaré la discusión sobre los procesos de criminalización que ha suscitado, en Colombia, la disputa por el territorio y por los recursos naturales, entre los pobladores de las regiones colombianas y los inversores extranjeros. Para efectuar este análisis me adscribo a la perspectiva política defendida con insistencia por el maestro Juan Terradillos Basoco, en torno a la reivindicación de un derecho penal democrático que profiera, en el contexto de sociedades pluralistas, el respeto por la autonomía y la libertad. Asimismo, trataré de mostrar los frutos que puede rendir seguir las pautas metodológicas, que a mi modo de ver pueden inferirse de su obra, relativas a que los análisis políticos y dogmáticos en materia penal solo pueden efectuarse con coordenadas precisas de espacio-tiempo y aprovechando el conocimiento que entregan otros saberes. Esto evitaría construir hermenéuticas sociales o jurídicas simplificadoras, que lejos de favorecer la pacificación de la sociedad, legitimen desigualdades e inequidades, que a la postre dan cobertura a la violencia que se promete conjurar con la intervención penal.

II. EL DERECHO PENAL EN EL CONTEXTO DE SOCIEDADES DE EXTREMA INEQUIDAD⁸⁷

En Colombia la disputa por la explotación de los recursos minero-energéticos está en el centro de las formas contemporáneas de despojo de la tierra, de la expulsión del territorio⁸⁸; en esas tensiones, los inversores extranjeros son protagonistas principales (de un modo particular multinacionales de origen canadiense); por ello, el entendimiento económico y político de estos conflictos debe hacerse siempre con referencia a la globalización neoliberal. Las formas de despojo del territorio que se pueden

producir con ocasión del conflicto minero tiene impactos diversos según se trate de zonas que tienen vocación agrícola, en las cuales la preocupación de sus pobladores es por mantener esa destinación, o lugares con tradiciones ancestrales de explotación minera (mediana o pequeña), en donde las tensiones tienen origen en la definición de quiénes son titulares de la explotación de esos recursos ⁸⁹—. La disputa por la tierra que está en pleno desarrollo en Colombia ha tenido como característica principal que el Estado, en esos territorios, ha desplegado su fuerza para favorecer la presencia de los inversionistas extranjeros. Para ello se ha valido de la militarización de las zonas, de la gestión policial para reaccionar ante los disturbios que causan las protestas y a través de la criminalización de los líderes comunitarios que las auspician ⁹⁰—. El conflicto entre vocación y tradición de explotación agrícola de la región por parte de las comunidades y la disputa por la explotación de los recursos mineros, muestra de una manera dramática la transformación del papel del Estado, que pasa de ser Estado social a ser Estado gerencial ⁹¹—. En todo caso, el mapa del conflicto quedaría incompleto sin una referencia a todos los procesos y formas de resistencia de las comunidades que habitan esos territorios. Justamente, se puede advertir que este conflicto es un buen banco de pruebas de lo que constituye la contraposición entre globalización hegemónica y contra-hegemónica ⁹²—. El despliegue del derecho ha estado en el centro de esa tensión en torno a los recursos naturales. Éste se ha empleado, de modo selectivo y desigual, para proteger los intereses hegemónicos, pero también ha sido uno de los medios de oposición, empleados por las comunidades y los movimientos sociales, a los proyectos de gran minería en Colombia, en definitiva, ha servido para favorecer procesos de emancipación social. Aquí se hará referencia especialmente a los casos en los cuales las multinacionales arriban a territorios con una tradición minera, por tanto, el conflicto generado es por la definición de quién explota el recurso natural.

En este contexto un buen ejemplo de la movilización del derecho para garantizar la inversión extranjera, en detrimento de los pobladores, se encuentra cuando se analiza la expedición del código de minas colombiano, Ley 685 de 2001. Según Becerra Pardosu expedición modificó radicalmente el modelo de desarrollo minero vigente de las últimas décadas del siglo anterior, y su aprobación coincidió con la reforma estructural de la economía y su articulación al mercado internacional. En esta medida no sorprende que reduzca el papel del Estado en la explotación de los recursos, que libere las áreas que se habían reservado para el desarrollo minero con control estatal y que se dé un papel protagónico al sector privado ⁹³—. Un ejemplo de las asimetrías que se fortalecen con la expedición de esta normatividad ⁹⁴—, puede advertirse cuando se elimina la distinción entre pequeña, mediana y gran minería, la cual confería un estatus a la explotación que realizan muchos de los pobladores nacionales de los territorios mineros.

A pesar de mantener una referencia a la minería tradicional, ese reconocimiento, como destaca Lopera Mesa, no tiene ninguna implicación práctica; en contraposición, hay una pretensión de mayor eficacia respecto a las normas que criminalizan las actividades mineras sin título de explotación y a la criminalización de la protesta social en Colombia ⁹⁵—.

Junto a un conjunto normativo que se perfila como una serie de obstáculos para que pequeños y medianos mineros nacionales accedan a un título de explotación, se criminaliza la explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales sin permiso de autoridad competente (art. 338 Código penal colombiano). Asimismo, uno de los recursos empleados por las comunidades para protestar y ejercer acciones de resistencia frente a esos hechos que amenazan su forma de vida, es la obstrucción de vías públicas, comportamiento que es prohibido penalmente (art. 353A del Código penal colombiano). En ambas criminalizaciones se ha advertido que el derecho penal se moviliza para asegurar las condiciones de mercado a los efectos de la inversión extranjera ⁹⁶—. El primer precepto (art. 338) está inserto en la tutela de los recursos naturales y del medio ambiente, bien jurídico cuya tutela penal se vale del reclamo de protección de los derechos de las generaciones futuras. No obstante, por las técnicas de tipificación empleadas se trata de disposiciones dirigidas a sancionar la infracción del deber de tener título o permiso para la explotación; título que es de difícil consecución para los explotadores locales y, por el contrario, de rápido acceso para grandes proyectos mineros adelantados por las multinacionales. Esto con el agravante de que la extracción que más daños genera al medio ambiente y a las comunidades, es justamente la catalogada como gran minería, como lo muestran los múltiples impactos relatados respecto a las empresas canadienses que operan en Colombia ⁹⁷—.

Por su parte, el delito de obstrucción a vías públicas que afecten el orden público, evidencia según

Galindo Delgado, una apuesta por la criminalización de la resistencia social de los actores sociales que adoptan la movilización como método de lucha política ⁹⁸. Si se atiende a la exacerbación de la protesta social en el contexto del conflicto minero, se puede afirmar que hay altos riesgos de criminalización de esos pobladores. Además, no puede obviarse que tales peligros se acrecientan cuando parece haber una captura del Estado por parte de las empresas foráneas, hasta el punto de ostentar capacidad de movilización de las leyes para favorecer sus intereses. Lo muestra el hecho de que importantes estudiosos del derecho minero en Colombia han demostrado que el capital transnacional canadiense ha jugado un papel importante en la definición de la legislación minera, como por ejemplo en la configuración del propio Código de Minas ⁹⁹. Esto también es evidente en las reformas al Código Laboral colombiano que han significado un recorte de derechos de los trabajadores, generando una precarización laboral sin precedentes y asegurando una gran rentabilidad en la explotación que realizan las multinacionales canadienses ¹⁰⁰. En este contexto vale entonces acudir a Gargarella, cuando afirma que la justificación del castigo penal encuentra grandes dificultades en contextos de profunda injusticia social. Así, expone que «en estos casos, podemos asumir razonablemente, existe un riesgo serio que los medios coercitivos del Estado sean manipulados para proteger un orden social injusto» ¹⁰¹. Entonces la pregunta que cabe formular es ¿Cuál es el papel del análisis dogmático cuando el derecho estatal es movilizado para generar una gran inequidad y, por tanto, se aleja de los cometidos trazados por el Estado constitucional de Derecho? Ubicar las estrategias atinentes a la criminalización primaria y secundaria junto a la pretensión de flexibilizar el sistema legislativo a los efectos de la inversión extranjera, permitirá dejar al desnudo los retos que enfrenta una discusión dogmática en torno a la aplicación de los tipos penales ya mencionados, esto es, la explotación de recursos mineros sin permiso de autoridad competente, que se estima atenta contra el medio ambiente y el delito de obstrucción a vías públicas considerado un tipo penal contra la seguridad pública; ambos bienes insertos en el debate penal en torno a la tutela de intereses colectivos.

En las líneas que nos quedan no es posible abordar esta discusión con profundidad, no obstante, aquí se realizará una pequeña referencia a las consecuencias de optar, como criterio material de justificación de las prohibiciones penales, por el bien jurídico o, en una línea contraria, elegir la protección de la vigencia de la norma. Ello fundamentalmente para mostrar que esas elecciones deben pasar por el tamiz del contexto en el que las normas operan y, además, que el proceso mediante el cual se deciden los criterios hermenéuticos de sistemas jurídicos concretos, exige un trabajo interdisciplinar. Esto significa que la dogmática penal depende del contexto y, epistemológicamente hablando, no se basta a sí misma, esto si se quiere ajustar la administración institucional del dolor penal a los cometidos del Estado constitucional y democrático de derecho.

III. ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO, EL ESPACIO Y EL TIEMPO DE LA DOGMÁTICA PENAL

El modelo de justificación del derecho penal acorde con los lineamientos de un Estado constitucional de derecho, exige como punto de partida una concepción del Estado como un instrumento orientado a la garantía de los derechos y libertades de las personas, para lo cual se le confiere el monopolio del poder punitivo. Es así como el derecho penal en un estado constitucional debe responder a la doble pretensión de contener la violencia representada por los delitos y las reacciones informales a estos pero, a la vez, reducir la propia violencia punitiva estatal a través del empleo de la forma jurídica. Ambas finalidades tienen un objetivo común, cual es el de asegurar los derechos y libertades de los individuos, en el primer caso frente a la amenaza proveniente de otros particulares, expresada en delitos y puniciones informales, y en el segundo frente a la violencia proveniente de la propia intervención penal del Estado ¹⁰². Si se comparte esta premisa, será legítimo formular como uno de los objetivos de la dogmática penal, especialmente en esos contextos sociales de extrema inequidad, el de potenciar a través de sus construcciones, la segunda finalidad: la protección del ciudadano frente a la violencia punitiva estatal, incluso cuando se trata de bienes jurídicos colectivos tan importantes como el medio ambiente. Así, habrá que decir que las respuestas a las cuestiones de si la misión del derecho penal es o no la protección de bienes jurídicos, o de cómo pueden concretarse los bienes jurídicos colectivos y la propia noción de peligro abstracto, llevarán a la preferencia de unas apuestas metodológicas sobre otras, esto en la medida en que parecen ser más operativas para el objetivo de reducir el carácter selectivo y desigual del derecho penal y, en esa medida, contribuirán a menguar los servicios que presta la criminalización de esos comportamientos al gobierno de la

exclusión social. En este sentido, por ejemplo, asumir que la misión del derecho penal es la protección de la vigencia de la norma, sin entrar en los distintos matices que esta opción puede ofrecer, favorecerá el hecho punible como la lesión de deber --o de la norma-- y el merecimiento de pena vendría dado según el grado de quebrantamiento de vigencia del ordenamiento jurídico ¹⁰³. ¿A qué podría llevar esta opción metodológica frente a labores dogmáticas de parte especial de estos delitos de explotación de recursos mineros sin permiso de autoridad competente y de obstrucción a vías públicas del ordenamiento colombiano en un contexto de innegable injusticia social? ¿Cómo defender en estos contextos una interpretación del tipo penal cercana al formalismo jurídico que es lo que parece promover esa opción del derecho penal como garantizador de la vigencia de la norma? Decidirse por defender un derecho penal protector de bienes jurídicos no es una cuestión intrascendente, pues dicha elección conlleva importantes consecuencias dogmáticas en la construcción del sistema del delito. La elección metodológica en torno a qué podemos entender por bien jurídico condiciona «...la misma viabilidad del bien jurídico como pauta de interpretación de los tipos penales, la aptitud del criterio de peligro para determinar el mínimo de relevancia penal, la estratificación valorativa del injusto en desvalor de acción y desvalor de resultado, el concepto jurídico-penal de resultado, etc.» ¹⁰⁴. En este punto, de cara a la potencialización de la finalidad de proteger al ciudadano frente a la violencia punitiva estatal, en el contexto de apropiación de los recursos mineros en el caso colombiano, será mucho más fructífero acoger conceptos de bien jurídico que los ubique en el contexto de esas relaciones sociales y que los vincule con las posibilidades de participación de los ciudadanos en el sistema social.

Valdría la pena rastrear las consecuencias concretas, no sólo en el ámbito de una crítica externa a la labor del legislador, sino también en el plano más concreto de la decisión judicial, que podrían seguirse de acoger una noción de bien jurídico como la que plantea Juan Terradillos Basoco; esta es formulada en un contexto de distribución igualitaria de la riqueza, como satisfacción de necesidades vitales. En efecto, refiriéndose a aquello que puede constituir un referente material válido para la configuración de las normas penales, sostiene que: «Sólo la satisfacción de necesidades puede hacerlo. Y el catálogo de éstas ha de deducirse de los dos "axiomas axiológicos fundamentales" que según A. HELLER, han de guiar la actividad de un Estado que asume tan importantes tareas como: asegurar la promoción de la riqueza, es decir, el despliegue multilateral de las fuerzas esenciales de la especie, y la promoción de la posibilidad, por parte de los individuos, de la apropiación, también multilateral (no alineante) e igualitaria de esta riqueza». Ello sólo sería posible, en el limitado y modesto papel que incumbe al Derecho penal, si éste acomete la tarea de tutelar la satisfacción de las necesidades humanas, dirigiendo la conminación penal «solo frente a las conductas (todas) que dificulten gravemente o imposibiliten la participación no discriminante en los procesos de producción y distribución igualitaria de la riqueza producida ¹⁰⁵. La perspectiva material de injusto que esta elección reclama al centrarse en el daño concreto que se cause al ciudadano en cuanto individuo y participante del sistema social, ...exige que la norma evite "resultados", que trasciendan el quebrantamiento de la norma y el debilitamiento de su vigencia. [...]. Una concepción que parta de una ética del resultado eleva la exigencia de fundamentación para la creación de las normas penales y sirve así a la racionalización de la labor del legislador... Dicha exigencia de fundamentación es el requisito imprescindible de una concepción liberal del Derecho penal» ¹⁰⁶. Tal noción podría dotar de mayor operatividad la tarea de crítica a las decisiones del legislador que participa positivamente a través del derecho penal en el gobierno de la exclusión social, como parece ser el caso colombiano; pero, también, podría auspiciar una labor más fecunda en la tarea de delimitación de los comportamientos prohibidos en esos tipos penales que parecen expresar un ejercicio ilegítimo del poder punitivo estatal. En consecuencia, un debate en torno a la pregunta sobre cuál cometido otorgar al derecho penal en el contexto latinoamericano, si lesión del deber o por el contrario la lesión del bien jurídico, debe pasar por una reflexión en torno a los contextos en los cuales el derecho positivo estatal opera, porque dichas elecciones condicionan la interpretación de los tipos penales que nosotros proponemos a los jueces del caso concreto, y en esa medida pueden auspiciar o potenciar modos arbitrarios y profundamente injustos de la forma jurídica.

Ahora bien, en el debate en torno a la criminalización o no de comportamientos que atentan contra bienes jurídicos colectivos, como los recursos naturales y el medio ambiente, el problema central ha sido cómo compatibilizar estos tipos penales con un programa de derecho penal mínimo, concretamente, con principios político-criminales de gran importancia como el de lesividad; atendiendo a que la técnica de tipificación usualmente empleada para protegerlos es la del peligro

abstracto o incluso la acumulación. En este orden de ideas, ¿qué puede decir un conflicto minero como el colombiano en la elección de aquellos discursos de legitimación de la intervención penal o en la validación de técnicas de tipificación que rebajan las exigencias de comprobación de la lesividad, en la decisión concreta de aplicación de los tipos penales, como por ejemplo, el de explotación de recursos mineros sin permiso de autoridad competente y la obstrucción de vías públicas que afecten el orden público? Así, la defensa del derecho penal (recurriendo al medio ambiente) como medio para proteger los derechos de las futuras generaciones, objetivo que es difícil no compartir, ha implicado la defensa de los daños acumulativos como presupuesto de la intervención penal; hasta el punto que se ha señalado que éstos se «convierten en el paradigma lesivo del Derecho penal del medio ambiente» ¹⁰⁷. Los delitos que se construyen a partir de este presupuesto no soportan, como es conocido, los juicios de lesividad, de responsabilidad personal, de proporcionalidad de la pena, de mínima intervención, etc. Asimismo, al insertarse en la lógica de «¿y si todos lo hiciéramos?» y favorecer la punición de conductas de escasa lesividad, auspiciaría, que el derecho penal se use para gobernar la exclusión social, el riesgo de que el derecho penal se use para gobernarla; esto con el agravante, al menos en el contexto colombiano, de que los derechos de las generaciones futuras se verían más eficazmente reconocidos si el Estado realizara procesos de acompañamiento para mejorar ambientalmente la explotación de los mineros locales y cerrara la puerta al aprovechamiento de los recursos en aquellas zonas de vocación fundamentalmente agrícola. No se puede dar por terminado este apartado, sin exponer algunos de los contenidos mínimos que pueden extraerse del debate alemán y español en torno a los delitos que protegen esos bienes colectivos, para apoyar la labor de aplicación de los tipos penales colombianos, que hasta ahora se han empleado para recrudecer las condiciones de injusticia social que subyacen al conflicto minero. En primer lugar, conforme a lo que expone Juan Terradillos Basoco cuando «sea necesario afrontar de modo directo la tutela de bienes jurídicos colectivos, estos han de contar con el necesario referente material, pues de otro modo se estarán criminalizando meras infracciones formales» ¹⁰⁸. Esa mayor concreción de los bienes jurídicos tutelados por esos tipos penales, lleva necesariamente a una exigencia de interdisciplinariedad en la labor dogmática, particularmente, de aquella de la parte especial. Sin un conocimiento de las relaciones sobre las que esas normas van a operar no puede lograrse un alto nivel de concreción de lo protegido. Esto, por ejemplo, llevaría a aquel que se dedique al estudio de los delitos económicos, a entablar un diálogo con la economía para precisar muy bien los contornos de los mecanismos económicos implicados en el precepto que estudia y, también, para determinar con claridad cuáles serían los comportamientos que estarían en condiciones de lesionarlos (al impedir que esos mecanismos económicos cumplan las funciones para los que están dispuestos) o de ponerlos en peligro (al disminuir o dificultar las posibilidades de defensa de estos mecanismos, acogiendo el concepto de peligro expuesto también por mi maestro Juan Terradillos Basoco) ¹⁰⁹. En segundo lugar, la adopción de un concepto material de delito a la hora de definir el objeto de protección de los bienes colectivos exige como lo expone Soto Navarro: a) El objeto de tutela debe extraerse de la realidad social, concretamente de las relaciones sociales en un contexto determinado; b) Que este bien jurídico sea susceptible de lesión, asumiendo un concepto de lesión no necesariamente condicionado por la causalidad. Ésta última condición impone a su vez dos requisitos: «por un lado, debe tratarse de una lesión efectiva, esto es, *verificable* en el propio sistema social (de lo contrario se burlaría el principio de lesividad); por otro, ha de ser imputable a acciones individuales y no a comportamientos colectivos (a fin de respetar el principio de responsabilidad personal). Por lo demás, la lesión ha de servir de referente preciso para configurar la puesta en peligro del bien jurídico, como segunda modalidad de afección, entendiendo que el peligro no es un concepto autónomo, sino un estadio previo a la lesión » ¹¹⁰.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Cuando las elecciones metodológicas de los penalistas latinoamericanos son enjuiciadas a la luz de los contextos en los que ellas desplegarán sus efectos, quizás la preocupación por una innegable dependencia del debate latinoamericano de la ciencia penal Europea se reduce, y pasa a un plano más protagónico el pensar las consecuencias que puede tener el optar por determinados modelos de racionalidad en contextos de grave injusticia social. Lo anterior siempre que se reconozca la gran capacidad performativa que pueden tener los discursos de aquellas personas que nos dedicamos a la enseñanza del derecho y a la formación de los futuros operadores jurídicos; si se tiene en cuenta a su vez que, en definitiva, hay un derecho que surge después o con ocasión de la interpretación que se da en el caso concreto, esto es, si se acepta la diferencia entre disposición y norma, teniendo que la

última es el resultado de la interpretación. En todo caso, los retos que se ciernen sobre la dogmática penal latinoamericana no pasan sólo por entrar a los debates dogmáticos más abstractos de parte general e incluso de parte especial con una mirada en el contexto. Estimo que una reflexión en torno a la concepción de la legalidad que surge del tránsito del Estado de Derecho como Estado Legal al Estado de Derecho como Estado Constitucional es urgente, así como un debate en torno a cuál es la teoría de la decisión judicial que subyace a este modelo y a las posibilidades de potenciar la arquitectura del control constitucional (sobre todo el de la decisión del caso concreto) sobre las leyes penales que apareja esa mutación del Estado de Derecho a Estado Constitucional de Derecho ¹¹¹.

Todo esto sólo se deja esbozado aquí como un inventario de los retos que se afrontan en el siglo XXI, aquellos penalistas que como el maestro Juan Terradillos Basoso, profesan un profundo respeto por la libertad, en un mundo en el que ella sólo parece alcanzar reconocimiento como libertad de consumo y de mercado.

La implantación de los estudios oficiales de criminología en España

José Luis Díez-Ripollés

Universidad de Málaga

Uno de los acontecimientos más gratificantes que se ha producido en los últimos lustros en la ciencia penal española ha sido, sin duda, el notable desarrollo de la criminología. Eso vale para la consolidación y difusión de su enseñanza autónoma, que por fin a inicios de siglo, y tras una remarcable tradición de estudios universitarios no oficiales, se incorporó al catálogo de enseñanzas oficiales universitarias, impartándose en estos momentos grados en Criminología en un número significativo de universidades españolas. Y desde luego vale también para la investigación en criminología, que disfruta de un momento de florecimiento, con abundantes proyectos concluidos o en marcha sobre asuntos muy diversos, un elevado número de publicaciones nacionales e internacionales, revistas científicas y sociedades nacionales acreditadas, y una importante presencia en foros internacionales. Como mencionaré al final de este trabajo, hay importantes tareas pendientes, pero el progreso registrado en estos últimos años es innegable.

Este breve trabajo tiene unos objetivos modestos. Pretende dejar constancia de los esfuerzos llevados a cabo por un cierto número de académicos y profesionales que desde principios de los años 90 del pasado siglo tomaron diversas iniciativas que finalmente concluyeron en el reconocimiento oficial de los estudios de criminología en 2003 y la implantación de una licenciatura de segundo ciclo sustituida luego por un grado en Criminología. Es fácil deducir que, sin perjuicio de los preexistentes estudios universitarios no oficiales y de la investigación en criminología que se venía desarrollando desde tiempo atrás, el reconocimiento académico oficial de la criminología supuso, como se había anticipado, un parteaguas en el desarrollo de esta disciplina en todos sus niveles. Este trabajo no contempla, por tanto, los avatares de la criminología española desde fines del siglo XIX y principios del XX hasta los años 80 de ese siglo. No es su objetivo aludir al relevante impulso que la criminología tuvo antes de nuestra Guerra civil, ni a los obstáculos con los que tropezó durante la dictadura franquista, que solo pudo comenzar a superar a mediados de los años 60 del pasado siglo ¹¹².

Es un relato, por tanto, que se inicia al reinstaurarse la democracia española, cuando al poco tiempo se percibió como una de las tareas más acuciantes la construcción de una sociedad del bienestar, sociedad que necesita ineludiblemente un tratamiento integral de la delincuencia. Llamativo fue, en todo caso, que pasaran 25 años de democracia española antes de que pudiéramos ver el reconocimiento oficial de esta disciplina.

I. LA SITUACIÓN A PRINCIPIOS DE LOS AÑOS 90

En las Universidades Central de Barcelona (1963) ¹¹³ y Complutense de Madrid (1964) ¹¹⁴ se constituyeron en los años 60 del siglo XX, bajo el impulso de los catedráticos de derecho penal ¹¹⁵ Octavio García Vitoria y Juan del Rosal Fernández, sendos institutos de criminología, centrados en la impartición de enseñanzas no oficiales de criminología. En las décadas siguientes van surgiendo los institutos de criminología de las Universidades de Valencia (1968), del País Vasco en San Sebastián (1978) y de Santiago de Compostela (1978), así como las secciones delegadas del Instituto de Madrid en las universidades de Alicante (1981) y Córdoba (1985) ¹¹⁶. En 1990 se crea el Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología (IAIC), experiencia interuniversitaria pionera que garantiza una estructura y funcionamiento coordinados entre cinco Universidades andaluzas, las de Cádiz, Córdoba, Granada, Málaga y Sevilla. En 1991 inicia sus actividades un centro privado, la Escuela superior de ciencias criminológicas (ESCCRI), como centro vinculado a la universidad de Las

Palmas de Gran Canaria. En todos ellos se imparten enseñanzas no oficiales de criminología, mientras que el impulso de la investigación criminológica solo está presente en unos pocos. Paulatinamente van apareciendo diferentes cursos de criminología, de estructura muy dispar, en Universidades como las de La Laguna, Extremadura (dependiente del IAIC), Salamanca, Almería y Huelva (dependientes las dos del IAIC), Murcia, Oviedo y Vigo, entre otras. Se producía la paradoja de que, sin estar reconocida la enseñanza oficial en criminología, el número de alumnos matriculados en los estudios no oficiales no dejaba de crecer a lo largo de todo el país, hasta el punto de que constituía una de las cifras más altas de Europa occidental ¹¹⁷.

II. UN PRIMER INTENTO DE CREACIÓN DE ESTUDIOS OFICIALES EN CRIMINOLOGÍA

En 1982 se crea el Consejo de universidades, y Emilio Lamo de Espinosa, catedrático de sociología, accede a su Secretaría general, donde permanecerá hasta 1985. Desde ella plantea la creación de una titulación oficial de criminología, con una estructura de licenciatura de segundo ciclo, y con el declarado propósito de facilitar la incorporación a ella no solo de juristas sino también de sociólogos y psicólogos, como colectivos más relevantes ¹¹⁸. A tales efectos decide entrar en contacto con algunos de los pocos institutos de criminología entonces existentes, para abordar la implantación de los estudios. Tras una entrevista con Manuel Cobo del Rosal, catedrático de derecho penal y director del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, quien alega que representa a otros institutos donde se cursan los estudios no oficiales de criminología, la iniciativa se detiene. Cobo del Rosal defiende el positivo papel desempeñado por los Institutos de criminología en la impartición de esas enseñanzas, y no ve bien su conversión en estudios oficiales.

Conviene recordar un par de hechos relevantes para, entre otros, explicar esa postura: los institutos de criminología de esa época están experimentando un crecimiento muy elevado del número de alumnos matriculados, aportando un importante incremento de ingresos. Además, en 1979 se había aprobado la Ley Orgánica General penitenciaria y, un poco más tarde, su Reglamento. Con ese motivo se crea la figura del jurista-criminólogo en la plantilla de los centros penitenciarios, y el Director general de Instituciones penitenciarias, Carlos García Valdés, abogado penalista y luego catedrático de derecho penal, había aceptado la validez de los estudios impartidos por los institutos de criminología a la hora de acreditar la especialización en criminología de los juristas candidatos a esas plazas ¹¹⁹.

III. LA PROPUESTA DE LOS DIRECTORES DE INSTITUTOS DE CRIMINOLOGÍA

Más de una década después, y a iniciativa del IAIC ¹²⁰, se convoca el 20 de septiembre de 1996 en la universidad de Sevilla una reunión de los directores de los institutos de criminología entonces existentes, cuyo número había crecido significativamente ¹²¹. En esa reunión se acuerda, tras un intenso debate y por una clara mayoría de asistentes: 1. La conveniencia de transformar los estudios de criminología en licenciatura oficial. 2. La necesidad de que la criminología sea una enseñanza de ámbito nacional. 3. La necesidad de contar con criminólogos en las instituciones. Además se decide: comisionar a varios directores de instituto para que se entrevisten con el ministerio competente a los efectos de verificar su disposición ante esta iniciativa, y celebrar una nueva reunión en Valencia ¹²².

La entrevista mantenida por la comisión de directores de institutos más arriba aludida con Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, Director general de enseñanza superior e investigación científica, arroja la conclusión de que el Ministerio está en esos momentos dispuesto a aceptar una propuesta de estudios oficiales de criminología de primer ciclo (diplomatura de tres años), de segundo ciclo (licenciatura de dos años), o de formación profesional superior. A lo que no está dispuesto es a tramitar una solicitud de estudios oficiales de criminología que abarque una licenciatura de primero y segundo ciclo.

Con esa información en la mano se convoca una nueva reunión de directores de institutos de criminología en la Universidad de Valencia en marzo de 1997. A ella se invita también a la Federación de asociaciones de criminólogos de España (FACE) ¹²³. En ella se produce un largo e intenso debate sobre la estructura a otorgar a los estudios oficiales de criminología, en la que priman consideraciones sobre las consecuencias que la estructura adoptada pueda generar sobre el prestigio y contenido de estos estudios, el perfil del alumnado y las perspectivas de empleo de los egresados de estos estudios. Se adopta por mayoría la decisión de configurarlos como estudios de segundo ciclo,

en la terminología de entonces, licenciatura de segundo ciclo. Se acuerda a continuación nombrar una ponencia que se ocupe de elaborar el plan de estudios, y que está constituida por José Luis Díez-Ripollés, Bernardo del Rosal Blasco, Cristina Rechea Alberola ¹²⁴ y Rosa Barberet Havicam. La ponencia acabada de mencionar se reúne en dos ocasiones, en Madrid y en Alicante, y está en condiciones de presentar una propuesta de plan de estudios en la siguiente reunión de los directores de institutos de criminología que tiene lugar en Santiago de Compostela el 30 de mayo de 1997 ¹²⁵. A la citada reunión acuden también tanto la FACE, que, como el resto de participantes, interviene en la presentación de enmiendas y en la final aprobación del plan de estudios enmendado, como la Asociación de criminólogos de España (ACE), de mucha menor representatividad, que mantiene una actitud muy crítica y que se abstiene en la decisión final ¹²⁶. En la reunión se acuerda presentar el plan de estudios aprobado al ministerio, tarea que se encomienda a una comisión constituida por los directores de los institutos de criminología, Borja Mapelli Caffarena (IAIC), Manuel Cobo del Rosal (Complutense), Enrique Orts Berenguer (Valencia), y José María Escrivá Gregori (Barcelona). La aludida comisión se cita en Madrid para asistir a la entrevista acordada con Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, quien recibe con mucho interés su propuesta y promete estudiarla y tramitarla. Pasan unos meses, sin embargo, y no hay noticia alguna sobre el destino de la citada propuesta. Finalmente Luis Arroyo Zapatero, Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha y catedrático de derecho penal, está en condiciones de informar a algunos directores de instituto, a partir de fuentes directas fiables, de que Manuel Cobo del Rosal, una vez que se han despedido los integrantes de la comisión tras la entrevista con el director general, retorna de modo inmediato al ministerio y es recibido de nuevo por el director general, con el que tenía una gran confianza. Al parecer, en esa segunda entrevista a solas ruega a Alfonso Fernández-Miranda Campoamor que, pese a lo prometido, reconsidere la decisión de tramitar la propuesta que le acaba de presentar la comisión de la que él mismo formaba parte.

IV. LA RECUPERACIÓN DE LA PROPUESTA DE LOS DIRECTORES DE INSTITUTOS DE CRIMINOLOGÍA. LA LICENCIATURA DE SEGUNDO CICLO EN CRIMINOLOGÍA

La difícil situación creada pasa a conocimiento de los directores de instituto y de las otras organizaciones participantes en la iniciativa. Tras un intercambio de opiniones, se decide aprovechar el hecho de que a la sazón son miembros del Consejo de universidades, en su calidad de rectores, varios catedráticos de derecho penal sensibles a la importancia de los estudios oficiales de criminología, para intentar presentar de manera directa al citado Consejo, sin pasar previamente por el ministerio, la propuesta de los directores. En consecuencia, José Luis Díez-Ripollés y Juan Terradillos Basoco, que se encuentran en Salamanca el 31 de octubre y el 1 de noviembre de 1997 como consecuencia de una reunión plenaria del Grupo de estudios de Política criminal (GEPC), se entrevistan con Ignacio Berdugo de la Torre, Rector de Salamanca y catedrático de derecho penal, el cual se compromete a presentar la propuesta de los directores, avalada por él y otros rectores, al Consejo de universidades. Y, en efecto, al poco tiempo, Ignacio Berdugo de la Torre, Luis Arroyo Zapatero, rectores ya mencionados, y Antonio Caparrós Benedicto, Rector de la universidad de Barcelona y catedrático de psicología presentan al Consejo de universidades el Plan de estudios de la licenciatura de segundo ciclo en Criminología elaborado por los directores de instituto y otras organizaciones.

Se inicia entonces la tramitación de la citada propuesta: la Subcomisión de evaluación de ciencias sociales y jurídicas se plantea el 13 de octubre de 1998 la creación de unos estudios oficiales en Criminología ¹²⁷. En un documento de 28 de abril de 1999 se concreta que se ha de tratar de una licenciatura de segundo ciclo en Criminología, y se encarga a una ponencia constituida por cinco miembros de la subcomisión la elaboración de un primer documento. La ponencia que se constituye en junio de 1999 la integran los siguientes miembros del consejo de universidades: el presidente de la subcomisión, Lorenzo Morillas Cueva, Rector de la universidad de Granada y catedrático de derecho penal, Ignacio Berdugo de la Torre, que luego pasará a ser el presidente de la Subcomisión, Rector de la universidad de Salamanca, Jesús Rodríguez Marín, Rector de la universidad Miguel Hernández (Elche) y catedrático de psicología social de la salud, y José Luis Martínez López-Muñiz, miembro del Consejo por designación parlamentaria y catedrático de derecho administrativo.

El 5 de octubre de 2000 se acuerda remitir la propuesta emanada de la ponencia para la creación de un título de Licenciado de segundo ciclo en Criminología, a saber, un proyecto de directrices generales acompañado de los complementos de formación, a todos los miembros de la Subcomisión

de evaluación de ciencias sociales y jurídicas para su consideración en el orden del día de la siguiente reunión. A continuación hay varias reuniones de la Subcomisión, al menos el 5 de noviembre de 2000 y el 1 y 27 de febrero de 2001, cuando se introducen diversas modificaciones, constando que la Subcomisión permanente del Consejo de universidades da el visto bueno a la iniciativa el 4 de abril de 2001 ¹²⁸. Esas directrices generales, contenidas en un documento de fecha 24 de abril de 2001, son sometidas a un periodo de enmiendas por las diferentes universidades. Se presentaron en total, vía los rectorados respectivos, un total de 160 enmiendas ¹²⁹. Algún bloque de enmiendas es fruto de una acción coordinada de diferentes institutos o cursos de especialización; en concreto, las cinco secciones del IAIC (Cádiz, Córdoba, Granada, Málaga y Sevilla), el Instituto vasco de Criminología (IVAC) y el Curso homologado por el IAIC de la universidad de Extremadura, tras una reunión celebrada en Sevilla, acuerdan presentar enmiendas idénticas en materia de troncalidad, cursos complementarios y regulación transitoria, que se tramitan por sus respectivos rectorados. La FACE también hace llegar enmiendas, en especial sobre la regulación transitoria, que se configura como uno de los asuntos más polémicos.

La propuesta final se remite por el Consejo de universidades al Ministerio a fines de 2001. El ya ex-rector de la universidad de Granada, Lorenzo Morillas Cueva, que sigue siendo miembro de la Subcomisión, mantendrá a partir de ese momento diversas entrevistas con Julio Iglesias de Ussel, Secretario de estado de Educación y Universidades en esos momentos y con plaza de catedrático de sociología en la Universidad de Granada, para asegurar que la tramitación ministerial de la propuesta no vuelva de nuevo a tropezar con dificultades y llegue a buen puerto. Entre finales de 2001 y julio de 2003 tienen lugar una serie de reuniones de autoridades o funcionarios del Ministerio, sea con los directores de los institutos sea con la FACE sea con ambos, para concretar algunos aspectos de la decisión final a adoptar ¹³⁰. Como se ha dicho, la regulación transitoria pasa a ser un tema especialmente problemático, y el Ministerio muestra interés en saber cuál es la situación en las diferentes Universidades. La cuestión se centra en el valor que hay que dar a las titulaciones propias en función de las exigencias de acceso a ellas, los créditos cursados y el periodo de duración de las enseñanzas, a los efectos de acceder a la licenciatura de segundo ciclo ¹³¹.

La aprobación final por el ministerio del título universitario oficial de segundo ciclo de Licenciado en Criminología y de sus directrices generales tiene lugar el 4 de julio de 2003, por Real Decreto 858/2003. Se puede fácilmente apreciar que los contenidos del Plan de estudios no han sufrido modificaciones esenciales respecto al plan presentado originalmente por los directores de instituto y la FACE ¹³². La Orden ministerial EC/4171/2004 de 13 de diciembre ¹³³ establece el procedimiento y requisitos para la declaración de equivalencia de los estudios no oficiales de criminología al título de diplomado universitario, posibilitando así el acceso a la licenciatura de segundo ciclo a quienes no tuvieran ya una licenciatura o diplomatura previa ¹³⁴. Finalmente se dispone de unos estudios oficiales de criminología, objetivo por el que se había luchado tanto tiempo. Algunas Universidades, como las de Alicante, Barcelona, Autónoma de Barcelona, Gerona, Murcia y Valencia, además de algunas privadas, se apresuran a establecer esos estudios, que comienzan, los primeros, en el curso 2004-2005 y los restantes en el curso 2005-2006. Sin embargo, la profunda transformación que va a experimentar todo el sistema universitario en los años siguientes termina frenando la implantación generalizada de estos estudios ¹³⁵, como veremos en el siguiente apartado.

V. LA IMPLANTACIÓN DEL PLAN BOLONIA EN LAS ENSEÑANZAS UNIVERSITARIAS Y EL GRADO EN CRIMINOLOGÍA

En efecto, en 2003 está ya en la agenda de política universitaria la transformación de todo el sistema universitario para crear un Espacio europeo de educación superior, de acuerdo a la Declaración de Bolonia, que se estructurará sustancialmente en torno a grados y posgrados. Los años siguientes harán que ese objetivo se convierta en un tema preferente de debate y, finalmente, de reforma universitaria. Ello afecta especialmente a unos estudios oficiales de criminología que están en sus inicios. Se plantea, en primer lugar, la conveniencia o no de esperar a la reestructuración universitaria que se avecina, renunciando por el momento a la implantación de las licenciaturas de segundo ciclo en Criminología. En este punto las comunidades autónomas toman decisiones diferentes. Algunas comunidades muy pobladas y con una fuerte tradición en estudios no oficiales de criminología deciden esperar; es el caso, por ejemplo, de Andalucía pese a la enérgica oposición del IAIC. Otras, sin embargo, como ya hemos visto, implantan rápidamente las licenciaturas de segundo ciclo.

Una segunda y relevante cuestión es la de si los estudios oficiales de criminología deben estructurarse como grado o como posgrado. Estamos en buena medida ante un trasunto del intenso debate que ya tuvo lugar unos años antes sobre la alternativa entre estudios de primer ciclo o de segundo ciclo. Los académicos y asociaciones profesionales interesados en la criminología saben que en la Comisión académica del Consejo de coordinación universitaria ¹³⁶ está encima de la mesa la cuestión de si mantener o no los estudios oficiales de criminología y, en caso positivo, con qué estructura. Surgen voces que reclaman replantear la decisión de la reunión de Valencia. Entre los argumentos que se manejan está uno de carácter general: escoger la estructura que permita una mejor homologación con otros estudios europeos similares. Y otros argumentos que resultan contrapuestos: a favor del grado está la pérdida de uniformidad de unos estudios que estaban luchando por consolidarse, la cual se produciría inevitablemente con su conversión en estudios de posgrado. A favor del posgrado, las indeseadas menores exigencias académicas del grado, y la facilidad que tienen los posgrados de acoger a graduados de diversa procedencia. En esas circunstancias, la Rectora de la universidad Ramón Llull, Esther Giménez-Salinas Colomer, catedrática de derecho penal en la citada universidad, tras consultar con algunos directores de institutos y cursos de criminología, convoca el 26 de noviembre de 2004 en la sede del rectorado de su universidad a directores de estudios y a representantes de sociedades científicas o profesionales de criminología ¹³⁷. Objetivo principal de la reunión es hacer llegar al Ministerio y al Consejo de coordinación universitaria la opinión del colectivo sobre la orientación, nivel y estructura que debieran tener en el futuro los estudios universitarios de criminología tras su adaptación al Espacio europeo de educación superior. Tras un intenso debate se acuerda proponer que los estudios universitarios de criminología tengan una estructura de grado, sin perjuicio de los posgrados especializados que las Universidades ofrezcan. Se crea una comisión académica con la finalidad de elaborar una propuesta de plan de estudios que acomode el plan vigente en la licenciatura de segundo ciclo a la nueva estructura de grado, y que está constituida por José Luis de la Cuesta Arzamendi, catedrático de derecho penal, Antonio García Chazarra, presidente de la FACE, Santiago Redondo Illescas, profesor titular de psicología de la personalidad y presidente de la Sociedad española de investigación criminológica (SEIC), y Rosemary Barberet Havicam. También se crea una comisión de memoria justificativa, encargada de justificar los estudios de grado en criminología. Está formada por Ana Isabel Cerezo Domínguez, Luis Ramón Ruiz Rodríguez, ambos profesores titulares de derecho penal, Francisco Bernabéu Ayela, vicepresidente de la FACE, Diego Torrente Robles, profesor titular de sociología de las organizaciones, e Ingrid Sánchez Díez, profesora de derecho penal del menor; luego se incorporarán Mirentxu Corcoy Bidasolo, catedrática de derecho penal y Ángel de Sola Dueñas, profesor titular de derecho penal.

El 4 de febrero de 2005 se produce una nueva reunión en la misma sede, a la que asisten 25 personas que representan a un número de estudios mayor que en la reunión precedente ¹³⁸. Esther Giménez-Salinas Colomer inicia la reunión insistiendo en la urgente necesidad de presentar al Ministerio de Educación y Ciencia la memoria justificativa y el plan de estudios que, tras su previa remisión a los asistentes, debieran aprobarse en esa sesión en la forma de un Libro blanco del Grado en Criminología. Iniciados los debates, se aprueba en primer lugar por unanimidad o por mayoría, según los casos, el contenido del plan de estudios propuesto. A continuación se hace lo propio con la memoria justificativa. Finalmente se acuerda, tras un largo debate y por amplia mayoría, que el grado se denomine de Criminología y Seguridad, tras llegar noticias de que la incorporación del segundo término haría más fácil la aprobación de la propuesta titulación oficial. Se acuerda también la entrega oficial del Libro blanco en el ministerio por una comisión compuesta por Esther Giménez-Salinas Colomer, Antonio García Chazarra, José Luis de la Cuesta Arzamendi, José Luis Díez-Ripollés y Santiago Redondo Illescas, acto que, en efecto, tiene lugar a las pocas semanas. Mientras todo eso se debate, el proceso de transformación del sistema universitario de acuerdo al modelo preconizado por la declaración de Bolonia sigue su curso. Con motivo de la celebración en Málaga, del 26 al 28 de abril de 2007, del IV Congreso español de criminología, auspiciado por la Sociedad española de Criminología (SEIC), la FACE y la sección de Málaga del IAIC, se convoca una nueva reunión de directores de institutos y cursos de criminología, y de directivos de la FACE. En ella se toma nota de que los colectivos de decanos de las diferentes facultades y escuelas superiores se están reuniendo para acordar posturas comunes respecto a la estructura de sus estudios en el Espacio europeo de educación superior. En consecuencia, se acuerda que el colectivo de directores de instituto y cursos de criminología y la asociación profesional mantenga el consenso de mínimos logrado sobre la

estructura y contenidos de los estudios oficiales de criminología en reuniones precedentes, con el fin de presentar ante el ministerio una postura uniforme. En todo caso, como parece inminente la aparición de los reales decretos que darán forma al nuevo sistema universitario, se deciden aplazar posteriores acciones hasta ese momento.

En efecto, el 30 de octubre de 2007 entra en vigor el Espacio europeo de educación superior mediante el RD 1393/2007 ¹³⁹. Para sorpresa de muchos se comprueba que en él se renuncia a un catálogo nacional cerrado de títulos universitarios oficiales, y que en su lugar se autoriza a las universidades para proponer los títulos que les parezcan oportunos dentro de una estructura básica uniforme. Será el Consejo de universidades el órgano que, tras la evaluación positiva de la Agencia nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) o de los órganos equivalentes de las Comunidades autónomas, procederá a verificarlos, condición necesaria para su implantación en la respectiva universidad. Tras seis años deberá renovarse su acreditación por el Consejo de universidades, tras la evaluación correspondiente de la ANECA o de las Agencias de evaluación autonómicas previstas. Esta conformación normativa plantea una tercera y desafiante cuestión a los estudios oficiales de criminología. Su reciente implantación, solo tres años antes, aún no podía garantizar un acervo curricular arraigado que impidiera una dispersión de los contenidos académicos de la criminología, lo que ponía en peligro la autonomía de estos estudios. La experiencia obtenida con la elaboración del libro blanco, y la reafirmación en Málaga de la decisión de actuar coordinadamente, conjuró tal riesgo.

Así, el 18 de enero de 2008 tiene lugar una nueva y nutrida reunión en la Universidad de Barcelona de los directores de institutos y cursos de criminología y de directivos de la FACE, que se considera continuación de la mantenida en Málaga y a la que asisten 34 personas en representación de los órganos indicados ¹⁴⁰. La reunión la preside Mirentxu Corcoy Bidasolo, en compañía de Esther Giménez-Salinas Colomer, Gonzalo Escobar Marulanda, profesor titular de derecho penal y presidente de la SEIC, y Antonio García Chazarra. El objetivo de ella es lograr un consenso sobre los contenidos mínimos del grado en Criminología, una vez conocida la nueva reglamentación de los estudios universitarios. A tales efectos se asume que ya se elaboró en años anteriores un libro blanco sobre los estudios, del que se debería partir ¹⁴¹. En consecuencia, tras el correspondiente debate se adoptan los siguientes acuerdos: a. Los estudios deben denominarse Grado en Criminología ¹⁴². b. Las materias introductorias contenidas en el libro blanco han de pasar a ser materias básicas. c. El grado debe incluir todas las materias del libro blanco, salvo las introductorias por lo acabado de decir. d. Las materias del libro blanco que no han pasado a ser materias básicas deben constituir un mínimo de 90 créditos. e. Entre las materias básicas de primer curso hay que incluir una nueva, no incluida en el libro blanco, de Introducción a la criminología. Por otra parte, dada la gran influencia que han tenido los contenidos del libro blanco en los acuerdos adoptados, se decide conservarlo como estaba y añadir un anexo con las modificaciones acordadas en esa reunión. Se trata, con ello, de mostrar la continuidad de los esfuerzos realizados. Así pues, se nombra una comisión para actualizar el libro blanco, que queda constituida por Gonzalo Escobar Marulanda, Santiago Redondo Illescas, Andrea Giménez-Salinas Framis, y Francisco Bernabéu Ayela. Se le encomienda también a la comisión la remisión de nuevo del libro blanco, revisado, al Ministerio. La nueva versión del libro blanco, bajo la coordinación de Esther Giménez-Salinas Colomer, aparece en ese mismo año de 2008 con cuatro anexos.

Una nueva reunión tiene lugar el 6 de febrero de 2009, convocada por la SEIC y la FACE, y celebrada de nuevo en la Universidad de Barcelona. A ella asisten directores de institutos y cursos de criminología y la FACE, un total de 29 personas ¹⁴³. El objetivo es elaborar un comunicado de protesta por los sendos informes provisionales desfavorables por parte de la ANECA de las propuestas de grado en Criminología presentadas por las Universidades Pompeu Fabra y Autónoma de Barcelona. Preocupan en especial las consideraciones que se hacen sobre la falta de autonomía de la ciencia criminológica y de la profesión de criminólogo, así como la sugerencia de que la criminología sea una mera especialización de grados universitarios previos. Una comisión compuesta por Gonzalo Escobar Marulanda, José Cid Moliné, profesor titular de derecho penal, Íñigo Ortiz de Urbina, profesor ayudante de derecho penal y Antonio García Chazarra redactan un comunicado de protesta que, tras aprobarse, se acuerda enviar a la ANECA, con copia al Consejo de universidades y al Consejo de rectores de las universidades españolas (CRUE) ¹⁴⁴. Se crea otra comisión, compuesta por Santiago Redondo Illescas, Esteban Sola Reche, catedrático de derecho penal, Íñigo Ortiz de

Urbina y Francisco Bernabéu Ayela, para que elaboren una carta abierta a los medios de comunicación sobre la necesidad de los estudios de criminología y la importancia del criminólogo. En esa misma reunión se informa de que, además de las Universidades de Barcelona y Pompeu Fabra, las Universidades Autónoma de Barcelona, Girona y Murcia ya han enviado la solicitud de grado a la ANECA, y bastantes más Universidades, en torno a una docena, están en diferentes fases previas de preparación de su solicitud.

En los siguientes meses y años, en efecto, el grado en Criminología se comienza a impartir en Universidades de toda España.

Concluyo este breve e incompleto resumen de los esfuerzos realizados para asentar los estudios oficiales de criminología en España esbozando algunos de los asuntos que aún quedan por resolver.

El primero de ellos es, sin duda, el del reconocimiento social de la utilidad del saber y técnica criminológicos para el abordaje de la criminalidad y del control de las conductas desviadas en general. Los egresados en criminología se encuentran en estos momentos con unas instituciones y unos agentes económicos y sociales que aún no han comprendido el importante papel que puede jugar el profesional criminólogo a la hora de confrontar situaciones sociales conflictivas muy diversas. Ello repercute en que estos profesionales tropiezan con graves dificultades para incorporarse al mercado de trabajo. El segundo tiene que ver con otro reconocimiento, en este caso de la docencia e investigación criminológicas en el ámbito de la academia. No me refiero a la necesidad de que la criminología muestre su fuste docente e investigador, cualidad que pienso que está sobradamente acreditada. Se trata, más bien, de que se le haga el hueco que se merece en el conjunto de resortes académicos que permiten el progreso de una disciplina. Es el caso, ante todo, de la creación de un área de conocimiento de Criminología, instrumento formal de gran valor para aunar metodologías, objetivos científicos e intereses académicos. Su necesidad es desde hace algún tiempo ampliamente aceptada, aun cuando no siempre fue así. También es relevante que los organismos de evaluación nacionales y/o autonómicos encargados de acreditar al profesorado para optar a plazas superiores, así como de reconocer méritos de investigación a efectos de obtención de sexenios, conozcan adecuadamente las cualidades propias de la investigación y docencia en criminología. Es un secreto a voces que las comisiones correspondientes tienden a realizar evaluaciones de la actividad académica en criminología de acuerdo a parámetros de calidad que con frecuencia no son los pertinentes en esta disciplina. Especialmente en el ámbito jurídico ha de calar la idea de que la criminología, con sus peculiaridades metodológicas, es un instrumento de primer orden para asegurar la calidad del derecho penal y, por ello, merece ser valorada de manera respetuosa y diferenciada de este último. Solo la ignorancia permite explicar actitudes defensivas de los penalistas ante los progresos de la criminología ¹⁴⁵—. Por último, la corta experiencia ya obtenida en la impartición de los grados de criminología está sacando a la luz problemas antes apenas entrevistos. Uno de ellos tiene que ver con la proliferación de los dobles grados en criminología y... derecho, psicología u otros grados con una larga tradición académica y de empleabilidad a sus espaldas. Su atractivo, derivado de que la criminología, como hemos dicho, no dispone todavía de un acceso consolidado al mercado de trabajo, puede terminar socavando la autonomía de los grados en criminología con importantes repercusiones en el perfil del criminólogo. Las soluciones no están claras por el momento, pero es un aspecto a reflexionar seriamente.

Derecho Penal y Psiquiatría. De cómo una psiquiatra se aventuró por el mundo penal y criminológico siguiendo al Prof. Terradillos

Julia Cano Valero

Prof. Asociada Área de Psiquiatría y Psicología Médica

Dpto. Neurociencias. Universidad de Cádiz

Vayan por delante mis disculpas por hacer de esta aportación, más que un trabajo académico, un relato vivencial, de admiración y de gratitud. Es lo que me ha sugerido la invitación a participar en este homenaje escrito. Invitación que llegó de parte de personas del Área Derecho Penal muy queridas y que acepté con el mismo entusiasmo que me provoca el ser humano hacia quien va dirigido. Como soy una especie infiltrada en el mundo del Derecho espero benevolencia y no me resisto a la tentación de contar el impacto de Juan M. Terradillos Basoco en mi propia historia.

La fascinación por el campo de la Psiquiatría y la Ley la sembró en mí el Prof. Alfredo Calcedo Ordoñez ¹⁴⁶—, que había sido profesor de Psiquiatría en la Facultad de Medicina de Cádiz, con quien tuve la suerte de formarme y al que considero mi maestro. En aquel momento, era profesor de Derecho Penal en Jerez el Prof. Muñoz Conde. Había tenido el placer de escucharlo en algún curso

y sus conferencias incrementaron más la curiosidad que ya tenía sobre las relaciones entre la Psiquiatría y la Ley, en general, y en particular con el Derecho Penal.

Mi primer proyecto de Tesis Doctoral, fue estudiar la población de pacientes judiciales del entonces Hospital Psiquiátrico del Puerto de Santa María. Intento que fracasó por varias razones que resumiré sólo en una: aquella institución y el sistema jurídico-sanitario que la sostenía, eran susceptibles de una radical y profunda reforma. Reforma necesaria y urgente que afortunadamente se produjo en poco tiempo. Lo cierto es que la experiencia me despertó una enorme preocupación, descubrí el drama del enfermo mental que tropieza con la Ley y que es privado de sus derechos más básicos. Preocupación que mantengo hasta hoy y que me la reavivan casi a diario tanto las personas con trastorno mental grave que vagabundean por las calles, como los elevados porcentajes de enfermos psíquicos reclusos en prisión que se publican.

Centré pues mi objetivo en la Jurisprudencia Penal. Cómo y de qué manera la justicia penal consideraba a los enfermos mentales delincuentes, en base a qué argumentos, a partir de qué información, tomaba según qué decisiones sobre ellos. Para investigar sobre estas cuestiones me propuse analizar exhaustivamente los casos de la Sala Segunda del Supremo que se relacionaban con enfermedad mental, comparando dos periodos de tiempo con un intervalo de diez años: antes y después de la Constitución y del Estado de Derecho, antes y después de la generalización del uso de las clasificaciones internacionales de enfermedad, que venían a unificar criterios nosológicos psiquiátricos. Tanto el marco legal como el clínico se modificaban profundamente en ese intervalo temporal ¹⁴⁸.

Necesitaba orientación en Derecho, había perdido la posibilidad de conectar con Muñoz Conde que ya no estaba en Jerez, así que pregunté quién era y como se llamaba el nuevo catedrático de Penal. Me hablaron de un tipo joven y contundente en sus conocimientos e ideología apellidado Terradillos. Así que llamé a la Facultad de Derecho a preguntar por él y me pasaron al Decanato. Vaya, es el Decano, pensé. Me atendió una voz muy seria que me citó para un par de días después. Ni que decir tiene que, por teléfono, le hablé respetuosamente de usted como correspondía a la situación. De traje de chaqueta y con mi portafolio, acudí a la hora prevista al Decanato: la secretaria me indicó que esperase un momento que vendría enseguida. Mientras esperaba, se plantó frente a mí un sujeto joven que me saludó con un ¡hola! yo le respondí con otro y continué sentada esperando al Decano... En unos segundos pensé, ¿no se va? ¡Es él! Me puse en pie como empujada por un resorte, empecé a tutearlo, ¿no me digas que tu eres...? ¿Qué hay de raro?, preguntó con su peculiar tono de voz de puro castellano, empecé a explicarle que no tenía aspecto de catedrático, que los de medicina eran señores mayores encorbatados...empecé a meter la pata mientras me daba cuenta de que lo hacía. Para rematar, comentó que mi tema le interesaba puesto que había conseguido para Jerez el Instituto Andalúz Interuniversitario de Criminología, culminé el patinaje diciendo *pues si necesitas un psiquiatra aficionado a los crímenes aquí estoy yo*, al tiempo que levantaba un dedo...y seguía dándome cuenta de que la estaba pifiando, confirmado el hecho por una mirada profunda que me clavó sin decir nada más, antes de pasar a su despacho. *Mal empiezas Julia*, pensé mientras le seguía. Tras ese embarazoso primer momento para mí --con el tiempo, al conocerlo mejor, pensé lo que tuvo que reírse, eso sí, hacia dentro, de esa pardilla de psiquiatra-- pasó casi tres horas conmigo esa mañana, puntualizó acertadas observaciones sobre el tema, me regaló separatas de artículos suyos sobre imputabilidad ¹⁴⁹¹⁵⁰, claves para mí trabajo. Me acompañó a la biblioteca, me presentó a la bibliotecaria y hasta me ayudó a sacar el carnet de investigador. Recuerdo salir de la antigua Facultad de Derecho más que impresionada, entusiasmada, con ese tipo y con la tarea que yo emprendía a partir de aquel momento. Conocer los entresijos del funcionamiento judicial, la jurisprudencia, la actividad pericial, las medidas de seguridad de la Reforma del Código Penal del 83, el nuevo código que se preveía, el del año 95, llamado «Código Penal de la democracia.» Un mundo apasionante se abría ante mí.

Tras varios meses dedicada a navegar, sin internet entonces, por el mundo del Derecho, la chica de la biblioteca, que cuando archivaba un libro o revista, buscaba si había algo de interés para mi investigación (hasta el punto de detectar notas a pie de página en textos nuevos cuyo contenido podía interesarme) vino a decirme *Julia: ya lo has visto todo* ¹⁵¹. Por aquel entonces ya había tenido la oportunidad de comentar mi proyecto de tesis con el Prof. José María Navarrete de Sevilla que llegó a invitarme a su casa y me ofreció su biblioteca personal. Don Marino Barbero me escuchó y apuntando su teléfono personal en una tarjeta me la dio diciendo que cuando fuese a Madrid le llamase. Esos y otros apoyos recibidos me confirmaban que el tema elegido tenía interés.

Al ser mis casos sentencias de la Sala 2ª del Supremo, podía hacer gran parte del trabajo en casa, lo que me permitía atender a mis dos hijos pequeños, y cuando era preciso acudía por el despacho de Terradillos para aclarar dudas o comentar alguna cuestión. Sus respuestas: siempre certeras y sabias. Las anécdotas de ese tiempo son ricas y muy numerosas, algunas las recuerdo especialmente: un día fui a su despacho preocupada, a decirle que me había dado cuenta que el desarrollo histórico de las relaciones entre la Psiquiatría y el Derecho lo estaba viendo sólo desde Foucault ¹⁵², ¿hay otra visión desde donde estudiarlo? le pregunté: *No hay otra*, afirmó.

Debió ser por entonces cuando decidí que la referencia que mejor definía el trabajo de mi tesis, era la de Foucault que, cuando habla del conocimiento *como un lance de suerte o el resultado de un largo compromiso*, cita a Nietzsche: «el conocimiento es como una centella que brota del choque entre dos espadas», *pero que no es del mismo hierro del que están hechas las espadas* ¹⁵³, apostilla Foucault. Yo escudriñaba la centella, el punto de contacto entre dos ciencias normativas de diferentes lenguajes y objetivos. El enfermo mental que incurre en delito obliga al encuentro entre la Psiquiatría y la justicia penal. Era la *centella* a estudiar. Lo mío fue entonces un lance de suerte: encontrar a Juan Terradillos, hoy es el resultado de un largo compromiso.

Más adelante, en otro momento, fui a preguntarle si era importante Anselm Von Feuerbach ¹⁵⁴ en el Derecho Penal. Y me miró, como sorprendido, con esa profunda mirada Terradillos, y contestó: *¿importante? Posiblemente no hay pena de muerte en Europa gracias a él*. Para entonces ya había decidido que cada vez que tuviese que hablar de víctimas presentaría a Gaspar Hauser como una víctima emblemática y su caso como el dramático ejemplo de delito sobre el alma. Sobre él se cometió, en palabras de Feuerbach, *el más criminal de los atentados, puesto que va dirigido contra el patrimonio más auténtico del hombre, su libertad y su vocación espiritual* ¹⁵⁵.

El profesor Terradillos estuvo en mi tribunal de Tesis, no podía ser de otra manera. Tras la defensa de mi trabajo en la Facultad de Medicina de la Complutense ¹⁵⁶, mis amigos y familiares, que habían estado presentes, estupefactos preguntaban *¿y éste es tu amigo de Jerez?* Les había sorprendido que Juan, miembro del tribunal, empezase su intervención --más serio aun de lo normal si cabe-- diciendo: *Es la primera vez que tengo que juzgar un trabajo en el cual estoy en el capítulo de agradecimientos* --¿Cómo no lo iba a poner?-- y tras eso me acribilló a preguntas y observaciones, llegando hasta el punto de señalar una errata en una página: Lombroso aparecía con dos eses. Demostrando lo que normalmente no hace casi nadie: haberse leído el trabajo de principio a fin. Recuerdo que pensé: ¡Magistral! absolutamente genial. Mi gente no comprendía como yo, lejos de estar molesta, no solo no me había incomodado sino que, por el contrario: me había entusiasmado su intervención. Como todo en la vida: una vez que las cosas se explican adecuadamente se entienden, y me entendieron, Terradillos hizo lo que tenía que hacer.

La defensa de mi Tesis culminó en el almuerzo posterior preceptivo al que, por carambolas del destino, solo acudieron dos personas: el Prof. Calcedo Ordoñez y el Prof. Terradillos Basoco. Imaginen el disfrute de escuchar a ambos maestros, en buena sintonía, disertando sobre psiquiatría y derecho todo el tiempo. Aun revivo, al recordarlo, la sensación de privilegio que en aquel momento me embargó.

Cada inicio de curso en Criminología, cuando me presento el primer día, me excuso ante mis alumnos por no ser criminóloga. No pude matricularme, no me dejó Juan Terradillos. Fui a Jerez a matricularme el primer año del experto, allá por el año 1990 y la secretaria me informó de que el profesor Terradillos había dado orden de que no se me dejase matricular. Me enfadé, tremendamente, y fui a su despacho a pedirle explicaciones: *¿Es que un psiquiatra no puede ser criminólogo?*, callado --que bien maneja los silencios, tanto o igual de bien que las palabras-- me dejó exponer todos los argumentos nacidos de mi indignación y cuando terminé dijo: *Está mal visto que un profesor de una disciplina este matriculado en los mismos estudios en los que la imparte*. Así fue como me enteré que iba a ser la profesora de Psiquiatra Forense. Remató diciendo: *no conozco a ningún otro psiquiatra que haya investigado sobre estos temas*. Y hasta hoy. De nuevo, repito: genial.

Gracias a Juan Terradillos he podido recorrer la brillante andadura, tanto del Instituto Andalúz Interuniversitario de Criminología, sección de Cádiz, como del Grado de Criminología y Seguridad en la Universidad de Cádiz. Desde los inicios de la Criminología en Cádiz y durante todo su desarrollo, he participado en actividades y proyectos diversos en los que se requería mi colaboración como psiquiatra: aspectos psiquiátricos de la violencia sexual y de la de género, de la delincuencia de

menores y jóvenes, de la simulación y el engaño, del daño psíquico y la victimización y un largo etcétera de temas que van más allá de la exclusiva, y básica, imputabilidad/inimputabilidad. Aportando honestamente lo mejor que podía dar desde la Psiquiatría Clínica y desde la Psiquiatría Legal, como miembro de la Sociedad Española de Psiquiatría Legal ¹⁵⁷ de ya largo y fructífero recorrido. Da vida y genera entusiasmo el compartir, con mentes ávidas de conocimiento, todo lo que uno descubre en el ejercicio de una profesión fascinante como es la mía, y donde el encuentro con la Justicia y el Derecho aporta un plus de interés, responsabilidad y pasión. Todo lo que la Criminología ha supuesto para mí como profesional, y lo que me ha enriquecido como persona, no hubiera sido posible si a aquel Decano de la antigua Facultad de Derecho de Jerez no le hubiesen interesado mi persona ni mis temas.

Mi agradecimiento inmenso además por la extraordinaria conferencia de apertura que nos regaló en el XXII Congreso Nacional de la Sociedad Española de Psiquiatría Legal, celebrado en Cádiz en junio de 2013. Asombró a los congresistas con un repaso detallado a las relaciones entre la Psiquiatría y el Derecho Penal en España. Tituló su exposición: «*La nueva peligrosidad criminal: un reto para la Psiquiatría Legal*». Anticipándose a la *peligrosa* reforma del Código Penal que irremediablemente se produjo en verano de 2015. La estructuró, magistralmente, de la siguiente manera:

I. EL PASADO IMPERFECTO: El modelo jurídico-penal. La práctica forense. II. EL PRESENTE PROBLEMÁTICO: La ruptura del modelo: LO 5/2010 III. EL FUTURO INCIERTO: El Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013 IV. LOS RETOS

Resultó académicamente perfecto y brillante en su exposición. Inmejorable la conferencia. Los asistentes encantados y satisfechos, entre ellos una estupenda psiquiatra venida de Murcia: Marisa Terradillos. Las dos felices, ella como hermana y yo como presidente del Comité Organizador.

Recientemente, conecté con él cuando escribía el prólogo a un libro de Criminología Clínica ¹⁵⁸, quería citarlo correctamente y con su autorización. Le expliqué que solo nombraba a tres autores: a Descartes, a García-Pablos y a él. A Antonio García-Pablos, querido maestro de la Criminología Española, por su definición del crimen como *doloroso problema humano y social*. A Descartes por la necesidad de que la labor pericial se ciña a la lógica y huya de las falacias, *haciendo recuentos tan integrales y revisiones tan generales hasta estar seguros de no omitir nada* ¹⁵⁹. Y a Terradillos del que aprendí --entre otras muchas cuestiones básicas-- que la estimación de la condición de «peligrosidad» en un individuo trae aparejada la eventual y *peligrosa* intervención sobre él.

Este momento de homenaje y agradecimiento al Profesor Terradillos, va a coincidir con mi retirada de la Universidad de Cádiz. Me iré cargada de satisfacciones, entre ellas la de participar en este proyecto y celebrar a un profesor excepcional, de tan aguda inteligencia. Con seguridad ha dejado su impronta en numerosos discípulos, a los que como a mí, ha abierto la mente y facilitado el conocimiento, ha transmitido sentido crítico y enseñado Justicia ¹⁶⁰. No se puede pedir más a un docente.

Diversidad cultural y Derecho penal

Guillermo Portilla Contreras

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Jaén

A Juan Terradillos, en reconocimiento a su lucha permanente en defensa de los bienes colectivos.

I. LA IDENTIDAD CULTURAL EN LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

La identidad/diversidad cultural es un derecho humano con rango constitucional que tiene que ser apreciado como tal en la configuración de un Derecho Penal Intercultural. En consecuencia, todos los conflictos culturales deben resolverse valorando la diversidad a través de los elementos de la teoría jurídica del delito, incluso en aquellos casos en los que se produce la afección de derechos fundamentales básicos. A veces, podrá negarse la imputación objetiva por ausencia del fin de protección de la norma, en otros casos se cuestionará el valor del consentimiento en el delito de lesiones por adecuación social; en otras ocasiones se podrá recurrir al ejercicio legítimo de un derecho ¹⁶¹, al estado de necesidad ¹⁶², al error de prohibición sobre aquéllas causas de justificación, al error de comprensión, en la medida en que la concreta cosmovisión le impida comprender la ilicitud de su conducta --más adelante veremos si como error de prohibición o como causa de inimputabilidad--; y, finalmente, se puede recurrir a la inimputabilidad como incapacidad para

comprender lo ilícito del comportamiento realizado o incluso a la exigibilidad de otra conducta. Lo cierto es que no puede proponerse una misma solución para todos los casos de confrontación cultural. La incógnita radica, por tanto, en la elección del modelo de Derecho Penal Intercultural que se pretende, uno que reconozca y otorgue valor a la identidad cultural en el ámbito penal sin caer en el universalismo despótico ni el relativismo absoluto ¹⁶³. ¿Qué hacer cuando el integrante de una comunidad cultural, en el ejercicio de determinados usos o tradiciones, realiza un comportamiento que es delictivo sólo para el sistema jurídico general, cuando ciertas prácticas ancestrales, que no pretenden menoscabar bienes jurídicos esenciales sino cumplir con una costumbre que facilita la integración del sujeto en su comunidad, se oponen al código de conductas de la sociedad de acogida (ablación genital, matrimonio coactivo, relación sexual con menor de edad). En tales supuestos, ¿se debería tener en cuenta en el momento del enjuiciamiento la particular cosmovisión del autor de ese proceder?, y de ser así, ¿qué alcance tendría?, ¿cómo reconducirla dentro de la teoría jurídica del delito?, ¿si eximimos o atenuamos la pena, no quedaría en tela de juicio el desvalor que el sistema jurídico nacional atribuye a ese comportamiento, es decir, no quedaría desprotegido el bien jurídico afectado, o en duda el sistema de valores esenciales de la justicia ordinaria?, ¿cómo se garantizaría entonces la protección del bien jurídico afectado por ese comportamiento?

Para encontrar una solución a todas estas interrogantes debemos acudir al Convenio 169 OIT, en concreto, el art. 9.2 señala que « *las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia*», es decir, se deberá atender a sus costumbres, características o especificidades sociales y culturales ¹⁶⁴, sus parámetros culturales, que los identifican como integrantes de una comunidad cultural ¹⁶⁵. No debe olvidarse que España está obligada, al ratificar este Convenio el 15 febrero 2007, a valorar penalmente la identidad cultural, lo que comporta la obligación de tener en cuenta las características o condiciones sociales y culturales de los integrantes de comunidades que afectan derechos tutelados por las normas ordinarias.

El alcance de las disposiciones del Convenio OIT se circunscribe a la *exigencia* dirigida a los jueces penales consistente en tomar en consideración las condiciones socio-culturales o costumbres del infractor o imputado integrante de una comunidad cultural --miembros de grupos sociales que tienen una cultura definida y distinta de la cultura nacional o mayoritaria-- siempre que la conducta haya estado condicionada por aquellas circunstancias. Así, en las hipótesis de comportamientos delictivos realizados en el ejercicio de un uso tradicional que implique la integración en la comunidad cultural de que se trate, y sin perjuicio de su calificación antijurídica según el sistema jurídico general ¹⁶⁶, deben permanecer abiertas las figuras penales que permiten graduar el juicio de culpabilidad del infractor culturalmente condicionado, en atención al principio de igualdad. En otras palabras, habrá que determinar si «por su particular cosmovisión» ¹⁶⁷ le era posible conocer la prohibición, o bien «entender», «comprender», aunque conociera la ilicitud al momento de cometer el hecho, que su conducta en otro ordenamiento es considerada «reprochable» penalmente ¹⁶⁸.

II. IDENTIDAD CULTURAL Y ERROR DE PROHIBICIÓN

A veces, en aquellos casos en los que el autor no pudo llegar a conocer la norma o duda sobre la legalidad de su comportamiento, puede fundamentarse un error de prohibición directo o indirecto, invencible o vencible, que permitirá, en función de esos criterios, graduar la culpabilidad del autor del delito ¹⁶⁹. Sin embargo, la doctrina suele ser reacia a admitir el error de prohibición directo e invencible cuando se lesionan derechos fundamentales ¹⁷⁰. Precisamente, CEREZO MIR se muestra tajante al considerar excesivo el reconocimiento de eficaciaeximente al error invencible sobre lo ilícito penal o sobre lo injusto material en los supuestos en que se atente contra derechos fundamentales, vida, integridad corporal, libertad o libertad sexual. Razón por la que propone de *lege data* que el error sobre lo injusto material o sobre el carácter penal de lo injusto, sea vencible, cuando la conducta afecte a derechos fundamentales de la persona ¹⁷¹. Argumento que es concretado aún más por DE MAGLIE cuando reconoce la diferencia cultural siempre que no afecte al núcleo duro de los derechos, al considerar que no podrán invocarse las pretensiones culturales cuando se violen derechos inviolables como la vida, integridad física, libertad moral, libertad sexual o siempre que la ofensa sea realizada con el uso de la violencia ¹⁷². En idéntica dirección, TORRES FERNÁNDEZ rechaza la posibilidad de aceptar el argumento cultural cuando se trata de excluir la responsabilidad

por hechos, que «constituyen el núcleo básico de delitos contra bienes jurídicos de titularidad individual y que están en la base de la dignidad de la persona»¹⁷³. Asimismo, ROCA DE AGAPITO, estima que no debe tolerarse la intolerancia o las restricciones internas que la minoría impone a sus miembros, en particular los más vulnerables como son niños y mujeres¹⁷⁴. Por último, MONGE FERNÁNDEZ, aunque mete en el mismo saco «cultural» los supuestos de mutilación genital y los de lapidación de viudas, rechaza sin ambages la atenuación de la pena por tratarse de comportamientos incompatibles con la dignidad de la persona¹⁷⁵.

Los Tribunales españoles suelen condenar los comportamientos caracterizados por la diversidad de tradiciones sin valorar la identidad cultural del autor. A veces, excepcionalmente, se atenúa la pena y en otras, no se sanciona, pero, no por interpretar la dificultad para acceder a lo ilícito del comportamiento o a la incapacidad para comprender la antijuridicidad de la conducta¹⁷⁶.

III. EL ERROR DE COMPRENSIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO COMO CAUSA DE INIMPUTABILIDAD

El error de prohibición se ajusta perfectamente a los supuestos de incapacidad para acceder al conocimiento del ilícito pero no cuando el error es de *comprensión* en la valoración antijurídica del comportamiento realizado. En efecto, no estamos ante un error de prohibición cuando la cosmovisión del autor, que responde fielmente a la tradición de la comunidad cultural en la que se integra, le impide comprender la ilicitud del comportamiento o la razón universalista que fundamenta la prohibición penal¹⁷⁷. Ahora bien, ante la dificultad de encuadrar el error de comprensión en el error de prohibición ¿qué respuesta dogmática puede ofrecerse?

Hay que recordar que la figura del error de comprensión fue doctrinalmente diseñada por ZAFFARONI al censurar como etnocéntrica su ubicación como causa de inimputabilidad. Por el contrario, este autor sustenta que en los supuestos en los que no sea exigible la posibilidad de comprender la antijuridicidad de la conducta, en el sentido de internalizar las normas, debe aplicarse un error invencible de prohibición en la forma de error de comprensión¹⁷⁸. Tesis que se ha plasmado en el artículo 15 del Código Penal peruano que prevé la exclusión de responsabilidad en el caso de que la cultura o costumbres generen en el sujeto la incapacidad para comprender el carácter ilícito de su acto para determinarse de conformidad a ello. Si lo que ocurre es que sólo se produce una disminución de la facultad mencionada, entonces la pena se atenúa. En consecuencia, son dos los supuestos de error sobre la comprensión previstos en este precepto: por un lado, el «error de comprensión culturalmente condicionado» y, por otro, el de la «conciencia disidente». Desde esta posición, los casos de error de comprensión culturalmente condicionado se resuelven como error de prohibición directo¹⁷⁹.

Pero, la interrogante sigue sin resolverse, ¿esta forma de definir el error de comprensión se corresponde verdaderamente con el error de prohibición o se adecúa mejor a una de las causas de inimputabilidad? Con razón, HURTADO POZO, ha expuesto que el artículo 15 del Código Penal peruano, más que identificarse con la figura del error de prohibición está ofreciendo una solución en el marco de las causas de inimputabilidad. Apoya su tesis en que tiene la misma estructura que el artículo 20, inciso 1, que regula la inimputabilidad: «la no comprensión del carácter delictuoso del acto o la incapacidad de determinarse...». La diferencia aparentemente radica en que el artículo 15 habla de la «cultura» o las «costumbres» del agente, mientras que el artículo 20, inciso 1, se refiere a una «anomalía psíquica», «grave alteración de la conciencia», o «alteración de la percepción»¹⁸⁰.

Por tanto, la cuestión a dilucidar es si el autor pudo llegar a conocer la norma que prohibía su actuación o si, conociéndola, fue incapaz de comprender su significado. Si acontece esto último, no hablamos técnicamente de un error de prohibición sino de un supuesto de inimputabilidad. Además, el mayor inconveniente que presenta concebir el error de comprensión como error de prohibición, más allá de que el error de prohibición del art. 14.3, pueda extenderse a los supuestos de conocimiento del ilícito sin comprender la razón de la antijuridicidad, como error de prohibición indirecto, reside en que si el error es invencible no habría sanción, por lo que se mantendría la actualidad del peligro respecto al bien jurídico. De hecho, en una ablación, impune por aplicación de la exención citada, la peligrosidad permanece intacta si el autor tiene hijas aún no mutiladas (quedando siempre abierta la posibilidad de la participación en ablaciones de otras niñas)¹⁸¹.

Ante esa dificultad, el sistema penal colombiano ha construido una *causa de inimputabilidad* basada específicamente en la diferente «cosmovisión cultural»: está prevista expresamente en el art. 33 del

Código penal (Ley 599 de 2000, de 24 de julio) que dispone: « *Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares*» ¹⁸².

La solución del error de comprensión culturalmente condicionado a través de una causa de imputabilidad fue puesta en duda por la Corte Constitucional colombiana en la SC 370/2002, de 14 de mayo ¹⁸³. Se cuestiona el posible sesgo peyorativo que conlleva dirigido a la comunidad cultural de que se trate (no sólo a sus miembros integrantes), al calificarse la diversidad socio-cultural como un «estado» similar, o situado en el mismo plano que la «inmadurez psicológica» o el «trastorno mental» ¹⁸⁴. Pero, al tiempo, el Tribunal es consciente de la controversia que despierta ubicar el error de comprensión de la ilicitud por factores culturales en el marco del error de prohibición. En esta situación de incertidumbre, y ante la posibilidad de no encontrar amparo legal alguno, ha preferido defender la constitucionalidad de esta causa de inimputabilidad, con la siguiente reserva ¹⁸⁵: debe precisarse por el juez (en la sentencia) que la inimputabilidad *por diversidad sociocultural* no deriva de una incapacidad de la persona sino *exclusivamente* de una cosmovisión diferente, es decir, que está motivada por una distinta perspectiva de las cosas, en la diferencia de racionalidad de las comunidades culturales, sólo así es posible eliminar los posibles efectos peyorativos de la figura.

Del mismo modo, en el sistema penal español, el error de comprensión culturalmente condicionado debe resolverse en el ámbito de la culpabilidad. De hecho, existen dos opciones: la primera, de *lege data*, dentro de la denominada alteración de la conciencia de la realidad, alteración de la percepción, que, por supuesto, debe ser revisada y reformulada puesto que su denominación es anacrónica ¹⁸⁶, atendiendo a la dispareja valoración de la realidad por pertenencia a una comunidad cultural diferente. Una tesis que en la doctrina española ha sido defendida por TERRADILLOS BASOCO, cuando así interpreta la percepción referida a los valores culturales que se reflejan en las normas penales de las que carece el miembro de la comunidad minoritaria con valores distintos a los hegemónicos ¹⁸⁷. La segunda posibilidad consistiría en crear de *lege ferenda* una nueva causa de inimputabilidad que aluda expresamente a la diversidad socio-cultural, semejante a la existente en el artículo 33 del Código Penal colombiano.

Por lo demás, tener en cuenta la identidad cultural, la diferente cosmovisión por la conciencia de pertenencia a una determinada comunidad cultural en el sentido del Convenio 169 OIT, el recurso al error de comprensión (basados en factores culturales) no quiere decir, ni se pretende, que deje de garantizarse la salvaguarda de los bienes jurídicos esenciales de la comunidad. Precisamente si valoramos el alcance de la diversidad cultural en el marco del juicio de culpabilidad, se garantiza el desvalor del comportamiento como contrario a derecho, la calificación antijurídica de la conducta en tanto lesiva de bienes jurídicos esenciales, con lo que se salvaguarda así el bien jurídico afectado. Así se pronuncia también la SC 370/2002, de 14 de mayo, Corte Constitucional colombiana, cuando señala que el diálogo intercultural que así se establece --bajo los parámetros mencionados-- tiene también la finalidad de manifestar que, desde la diversidad de cosmovisión, la conducta del autor no es permitida en el contexto cultural del sistema jurídico general, un diálogo que tiene, por ello, fines preventivos.

En consecuencia, no se invoca aquí la diversidad/identidad cultural como coartada para la vulneración de derechos humanos pues la conducta culturalmente condicionada es considerada delictiva ¹⁸⁸, sino con otra finalidad, graduar, en su caso, la culpabilidad conforme a las reglas generales del sistema penal.

Ahora bien, la decisión político-criminal de tipificar expresamente prácticas derivadas de usos culturales de una comunidad como símbolo de integración en la misma --mutilación genital o el delito de matrimonio forzado-- ¹⁸⁹, tal vez pretenda cerrar el paso a esta exigencia de valoración ¹⁹⁰. Su expresa tipificación parece descartar cualquier recurso a la diversidad cultural --al condicionamiento *de quienes son culturalmente diversos*, a la diferencia de racionalidad y cosmovisión de las comunidades culturales-- ¹⁹¹ como factor susceptible de ser encuadrado en cualquiera de las figuras que gradúan la culpabilidad. Esta misma finalidad la encontramos en las

decisiones judiciales y opiniones doctrinales que niegan *a priori* el carácter cultural de tales prácticas y excluyen el dialogo intercultural cuando se afectan derechos fundamentales (libertad sexual, integridad física o moral) ¹⁹².

Una cosa es reconocer como ilícitas tales prácticas, sin negar la posibilidad de graduación de la responsabilidad en función de la diversidad, y otra, mantener una posición que *ex ante* impugna el carácter cultural de tales tradiciones y la imposibilidad de atenuar la pena ¹⁹³.

Retornando a la cuestión del error de comprensión, decíamos que los supuestos de imposibilidad de comprensión de la antijuricidad no deben resolverse a través de la técnica del error de prohibición sino como un supuesto de inimputabilidad. Una inimputabilidad que no es consecuencia de una base biológica sino de la convivencia en una cultura diferente a aquella en la que está integrado el autor. En tales situaciones, el sujeto puede conocer perfectamente la ilicitud de su comportamiento, lo que no puede asimilar es su antijuricidad y obrar conforme a ese conocimiento. En definitiva, es incapaz de interiorizar la norma penal a causa de su cultura, no ha tenido un acceso normal al imperativo contenido en la norma o no ha estado en condiciones de autorregular su conducta de acuerdo con él ¹⁹⁴.

Resumiendo, en los conflictos culturales pueden darse varias situaciones con soluciones diferentes: en los supuestos de imposibilidad de acceder al conocimiento de la ilicitud del comportamiento debe aplicarse el error de prohibición invencible. Sólo sería vencible cuando el autor culturalmente motivado hubiera podido en abstracto y en concreto acceder al conocimiento de la ilicitud a través de los medios de información disponibles que, de modo objetivo, hubieran evitado tal error. La única objeción al recurso al error de prohibición radica en que de valorarse el error como vencible habría que condenar atenuando la pena, una pena que carece de sentido en casos de identidad cultural por no cumplir un fin constitucional. Otra cuestión distinta es que el autor conozca la ilicitud pero no pueda comprender la razón de la prohibición. En estos casos de error de comprensión no puede acudir al error de prohibición pues el autor conoce la ilicitud pero no percibe la antijuricidad del comportamiento por identidad cultural. Nos encontramos entonces en el ámbito de la inimputabilidad, excluyendo cualquier referencia a razones biológicas, y centrándonos únicamente en las razones de identidad que dificultan al culturalmente condicionado el acceso a la comprensión del injusto.

Reformas penales y gobernar a través del delito: el caso peruano ¹⁹⁵

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Catedrático de Derecho Penal

Juez Titular de la Corte Suprema de Justicia del Perú

I. GOBERNAR A TRAVÉS DEL DELITO Y PUNITIVISMO EN EL PERÚ

Una característica actual y recurrente del proceso de formulación, adopción e implementación de políticas públicas en Latinoamérica, es su inseparable vinculación con el control del delito. Este extendido fenómeno contemporáneo responde a un inédito modelo de gestión estatal y de gobernanza al que atinadamente se le identifica como *gobernar a través del delito* ¹⁹⁶. El Perú no ha sido ajeno a esa tendencia política como lo ponen en evidencia sucesivos actos de gobierno que han ocurrido recientemente en este país andino. Por ejemplo, entre los años 2016 a 2017, ha sido frecuente el requerimiento de facultades legislativas extraordinarias formulado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República, con la finalidad reiterada de viabilizar la aplicación de estrategias de reactivación económica y financiera. Lo relevante de ello, es que todos estos pedidos estuvieron siempre acompañados de un variado bloque o «paquete» de medidas normativas contra la criminalidad organizada y la inseguridad ciudadana. El cual debía cumplir la función asegurativa y populista de comprometer socialmente la anuencia de los parlamentarios. En coherencia con esta tendencia el artículo 1 de la Ley 30506 que delegó facultades legislativas al actual gobierno en octubre de 2016 preciso lo siguiente: «*Delegase en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar por el plazo de noventa (90) días calendario, en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A., en los términos a que hace referencia el artículo 104 de la Constitución Política del Perú y el artículo 90 del Reglamento del Congreso de la República*». Cabe mencionar también que en una ocasión, un portavoz oficial del Gobierno central llegó a formular incluso una explícita conminación pública, destacando en una entrevista que si no se concedían las facultades legislativas que demandaba el Poder Ejecutivo «*Aumentará la delincuencia*» ¹⁹⁷.

Otra expresión coyuntural y extrema de este innovador estilo de *praxis política*, fue la utilización sistemática de la declaración de estados de excepción constitucional (estado de emergencia) en zonas del territorio nacional con altos indicadores de criminalidad, con el objetivo declarado de contrarrestar la activa presencia de organizaciones dedicadas a la comisión de delitos violentos como el robo, el secuestro, el sicariato o la extorsión; así como de interdictar la expansión y crecimiento de formas productivas de criminalidad organizada tradicional como el tráfico ilícito de drogas o de operatividad renovada como la minería ilegal, la corrupción de sistema y la trata de personas ¹⁹⁸.

Para los analistas estas manifestaciones de la política estatal nacional, muestran el predominio de un inescrupuloso «*populismo punitivo*» en la orientación y definición de las decisiones de política criminal que exige la población nacional. Sin embargo, el rasgo distintivo de todas ellas suele ser su constante espontaneidad, así como su inocua temporalidad. En todas ellas, pues, parece concurrir una subrepticia vocación complementaria de alineamiento hacia enfoques afines a las *teorías expresivas de la pena*, especialmente de aquellas dirigidas a mitigar los sentimientos de indignación colectiva ¹⁹⁹.

Todo indica, pues, como acertadamente sostiene un analista, que el Perú «*no ha sido ajeno al populismo punitivo. Lo observamos casi a diario en propuestas para aumentar las penas, instaurar la pena de muerte, entregar armas letales y no letales a serenazgos, entre otras cosas como declarar estados de emergencia. El populismo punitivo se instala fácil en el debate político, pero se va con dificultad. Genera empatía inmediata con buena parte de la población y oscurece propuestas más inteligentes y menos emocionales... Si bien el estado de emergencia aumenta la probabilidad de que un delincuente sea detenido, este mismo sabe que ese mayor riesgo es temporal. ¿Cómo reacciona? Muda sus operaciones de distrito o bien se repliega por un tiempo en labores lícitas (según Ciudad Nuestra, el 87% de sentenciados trabajaba el mes anterior a su detención)...Salvo excepciones, no necesitamos más estados de emergencia, sino que del Estado y de quienes quieren liderarlo emerjan ideas más pensadas. Requerimos más inteligencia, no actuar bajo emergencia*» ²⁰⁰.

Además, cabe destacar también que el sesgo hiperpunitivo o sobrecriminalizador que objetivizan psicosocialmente tales medidas estatales de naturaleza populista, conllevan siempre, en el corto plazo, efectos perversos y disfuncionales que acentúan el debilitamiento de la confianza ciudadana en el control del delito, promoviendo, a cambio, entre los colectivos sociales, la validación subjetiva de mecanismos vindicativos de autodefensa que inciden paulatinamente en el resquebrajamiento y flexibilización negativa de las garantías personales frente al *ius puniendi*. El cual, por lo demás, tiende a desbordarse irracionalmente con el desorientado aval de la población que exige «*más cárcel y más mano dura contra la delincuencia*». Fenómeno que no es ajeno a la prospectiva política que aplican como herramienta principal de gobierno los Estados emergentes del tercer milenio ²⁰¹. Se trata, pues, como lo puso de relieve WACQUANT, de un nuevo enfoque político criminal de *giro punitivo*, que se muestra funcional al pretender enlazar una aparente reacción dinámica contra la victimización ciudadana, con un «diligente» estilo de gobierno que, sin embargo, realmente sólo procura aprovechar o encubrir otras contingencias propias de la complejidad social de nuestro tiempo, como el paro globalizado, la desaceleración económica o la protesta colectiva ante la supresión o reducción de los principales subsidios sociales a modo de ajustes financieros. En definitiva, un innovador modelo neoliberal que busca mantener el empoderamiento del Estado, magnificando lo criminal y ensayando continuas reformas penales como dique de contención frente a las carencias y demandas de los sectores vulnerables de la población ²⁰².

Ahora bien, para sociedades como la peruana, que todavía transitan por una etapa de consolidación de los valores democráticos que consagra la Constitución, tales características del paradigma de *gobernar a través del delito* son doblemente frustrantes, ya que «*a corto plazo no sólo deja sin satisfacer sus objetivos pragmáticos declarados, sino que produce efectos devastadores en la estructura de racionalidad del derecho penal*» ²⁰³. Sobre todo, porque transforman al acto político extremo y subsidiario de las decisiones de criminalización o sobrecriminalización, en un medio frecuente, ordinarizado y simbólico de mensajes abiertos o subliminales de aseguramiento social que se nutren reiteradamente de una agresividad y significado belicista en medio de contextos de potenciación mediática de los riesgos de victimización. Con ello lo que se busca es internalizar en la conciencia colectiva una política criminal donde, según las reflexiones de YOUNG, «*no sólo hay una cercana simetría entre la etiología y el fenómeno del delito y el castigo, (particularmente de delitos violentos y de estados de violencia), sino que hay también un cercano paralelo con los delitos*

ocurridos en la guerra (en ambos lados), en el terrorismo y su respuesta, y en el desarrollo y la promulgación del genocidio. Además, hay sorprendentes similitudes entre la violencia del delito convencional y la de la guerra y los paralelos entre la guerra contra el delito y la guerra misma» ²⁰⁴. A este nivel, pues, el problema criminal y el control penal son en la actualidad reinterpretados como conflictos de seguridad y de gobernanza. A los cuales el Estado debe de responder rápida y radicalmente para no ser desbordado o colapsar. La ideología que sustenta estos enfoques enfatiza, pues, la necesidad de aplicar «violencia contra violencia». Y ello supone o justifica el empleo de todos los medios que sean idóneos para «neutralizar al enemigo, disidente o indignado». Esto es, sin quedar sujetos a ningún límite mínimo de racionalidad o proporcionalidad, sino, más bien, de oportunismo y de aparente o efímera eficiencia. Conforme advierte VAN SWAANINGEN, esta tendencia puede visualizarse del modo siguiente: «La mayoría de los políticos actuales adopta la postura populista de que "el ciudadano siempre tiene la razón", presupone que el público, quiere penas más duras e ignora cualquier cuestionamiento a esta conjetura... Peor aún, este giro punitivo cuenta con escasos contrapesos» ²⁰⁵.

Las recientes reformas ocurridas en torno a las consecuencias jurídicas del delito en la legislación penal peruana, nos dan un claro ejemplo de todo ello. Especialmente porque su insurgencia repentina y carente de todo aval empírico que les augure una potencial eficacia o que explique su necesidad estratégica o táctica, representa en realidad una calculada actitud del Estado dirigida a patrocinar otros intereses coyunturales que poco tienen que ver con la prevención y el control material de la criminalidad. Pero que, sin embargo, alcanzan a lograr una recepción social positiva, aún a costa de sensibles restricciones de derechos y garantías fundamentales. No obstante, este *gobierno de la penalidad*, según lograda adjetivización de BRANDARIZ GARCÍA ²⁰⁶, no es sólo una nota distintiva de la política criminal peruana contemporánea, sino que su influencia y manifestaciones se hacen también visibles en otras realidades iberoamericanas como la española. Al respecto es ilustrativa de ello, la pertinente descripción que realiza DÍEZ-RIPOLLÉS: «Resulta obligado recordar una vez más que el código penal se ha convertido, en manos de nuestros agentes políticos, en un formidable instrumento de propaganda, con el que se encubren políticas defectuosas de cualquier signo mediante una desmedida explotación de las emociones colectivas. Nada que ver con la olvidada consideración de este cuerpo legal como una constitución en negativo, que declara mostrar una estabilidad equivalente a ella a la hora de fijar sus principios y contenidos» ²⁰⁷.

En definitiva, concurrimos, pues, a una abusiva instrumentalización política de lo penal, que, lamentablemente, cuenta con una exitosa estrategia psicosocial que ha logrado que los peruanos hayan asimilado que el *punitivismo* es el único e insoslayable remedio que puede aplicar el Estado frente a la crisis de criminalidad que afronta el país. En consecuencia, que para amplios sectores de la ciudadanía hoy resulte «justificado», por la realidad presente, el uso exasperado de lo penal y que, además, en ese mismo contexto, carezca de interés social medir o meditar sobre los indicadores de eficacia que verdaderamente se alcanzan en la prevención o control del delito; y, mucho menos, que se cuestionen las distintas consecuencias negativas, directas o colaterales, que aquel proyecta sobre la propia libertad y seguridad incluso de las personas no delincuentes. En ese sentido, es útil la observación formulada por PORTERO HENARES, acerca de que la crítica actual sobre este paradigma de control penal debe plantearse esencialmente desde su incapacidad tecnológica, esto es, desde «la constatación de la falta de rendimiento y de eficacia de las políticas criminales punitivistas en la disminución sostenida de las tasas de delincuencia» ²⁰⁸. Por lo demás, diferentes estudios de opinión aplicados en el Perú han registrado empíricamente dicho proceder ideológico, el cual es compartido tanto por nuestra clase política, como por significativos sectores de la ciudadanía. Por ejemplo, según las encuestas oficiales de victimización, «En el año 2014, a nivel nacional urbano, el 85,8% de la población de 15 y más años de edad percibe que en los próximos doce meses puede ser víctima de algún hecho delictivo que atente contra su seguridad» ²⁰⁹. En otros sondeos similares, la población entrevistada dio a conocer que la percepción de la inseguridad ciudadana alcanzó a un 90% de los encuestados. Asimismo, en dicho estudio el 96% de los encuestados se manifestó «a favor de que los menores de edad dedicados al sicariato sean sentenciados con penas iguales a los mayores de edad» ²¹⁰. Y sobre este último dilema político criminal un ex Ministro del Interior llegó a declarar lo siguiente: «Adolescentes que cometen delitos graves deben recibir penas más severas» ²¹¹.

La lectura analítica de los datos consignados en el cuadro siguiente permiten advertir también la evolución ascendente de la percepción de inseguridad entre la población urbana nacional del país.

PERCEPCIÓN DE LA INSEGURIDAD CIUDADANA EN EL ÁREA URBANA

Ámbito de estudio	Año					Variación porcentual
	2010	2011	2012	2013	2014	2004-2013
Nacional Urbano	79,2	86,2	84,9	87,6	85,8	-1,8
Ciudades de 20 mil a más habitantes	80,8	87,8	86,3	89,1	87,1	-2,0
Centros poblados urbanos entre 2 mil y menos de 20 mil habitantes	75,1	81,5	81,1	83,4	82,0	-1,4

FUENTE: Tomado y reelaborado de la publicación del INEI *Victimización en el Perú 2010-2014*. Lima julio 2015, p. 146.

El gráfico siguiente demuestra también la mayoritaria acogida social que brindó la ciudadanía que fue entrevistada en torno a la declaración del estado de emergencia como medida extrema para controlar la criminalidad e inseguridad ciudadana en la Provincia Constitucional del Callao.

APROBACIÓN CIUDADANA DE LA DECLARACIÓN DE ESTADO DE EMERGENCIA CONTRA LA CRIMINALIDAD EN EL CALLAO



FUENTE: Tomado y reelaborado de encuesta realizada por Ipsos Perú, sobre un total de 506 personas en Lima Metropolitana. Resumen publicado en el diario *El Comercio*. Edición del 15 de diciembre de 2015.

Como se había insinuado el proceso de internalización social de la inseguridad ciudadana y de la información mediática sobre la presencia activa y creciente de riesgos de victimización ha sido hábilmente explotado por los actores políticos. Ellos, por ejemplo, han ofertado en las últimas campañas electorales nacionales, diferentes medidas de endurecimiento punitivo que han incluido la ampliación de los espacios constitucionalizados de la pena de muerte. Asimismo, la insurgencia en la región del rebrote de la criminalidad de personas expuestas políticamente (Peps), especialmente en el ámbito de la corrupción administrativa, ha sido también objeto de mensajes de populismo penal expuestos por los líderes de los partidos políticos que de modo generalizado han anunciado el retorno de modalidades de inhabilitación perpetua o «muerte civil» para los funcionarios corruptos.

Ahora bien, la aceptación social a las propuestas políticas de endurecimiento punitivo, como alternativa idónea contra la inseguridad ciudadana, también se ha visto reflejada en las encuestas aplicadas al respecto. El cuadro siguiente demuestra la reacción psicosocial en dicho dominio.

APOYO SOCIAL A MEDIDAS PUNITIVAS CONTRA LA INSEGURIDAD CIUDADANA

		N I V E L SOCIOECONÓMICO		
		NSE A/B	NSE C	NSE D/E
Cadena perpetua para asesinos de policías y violadores		95%	95%	94%
Mejora de las condiciones de las comisarías		97%	97%	93%
Mayor trabajo preventivo contra la				

delincuencia		98%	95%	93%
Penas más duras para los delincuentes, sin ningún beneficio penitenciario		96%	95%	92%
30 años de cárcel como mínimo para los asaltantes con armas		93%	92%	94%
Más policías en las calles		96%	93%	92%
Que las Fuerzas Armadas salgan a las calles para ayudar a la policía		77%	81%	89%
Eliminación del sistema 24 x 24 para la policía		72%	64%	57%

FUENTE: Tomado y reelaborado de la encuesta nacional realizada por GfK sobre un total de 1267 personas a nivel urbano-rural. Resumen publicado en el diario La República. Edición del 20 de diciembre de 2015.

II. UNA REFORMA PUNITIVISTA: RETORNO DE LA INHABILITACIÓN PERPETUA

Un ejemplo concreto de lo expuesto anteriormente aconteció recientemente en el Perú, a través de las deferentes reformas introducidas en la legislación penal nacional, luego de la concesión parlamentaria de facultades legislativas delegadas que recibió el actual gobierno a inicios de su gestión mediante la Ley 30506. Entre las reformas introducidas en el Código Penal de 1991 destacaron las incorporadas por el Decreto Legislativo 1243, promulgado el 21 de octubre de 2016, las cuales afectaron la regulación relativa a la pena de inhabilitación principal.

Sobre la finalidad y necesidad de tales reformas se alegó lo siguiente : «*el Código Penal establece en su artículo 38 la duración de la inhabilitación principal la cual requiere una modificación a fin de restringir de manera más efectiva la posibilidad de acceder o de reincorporarse a la función o servicio público a quienes hubieren sido condenados por delitos contra la Administración Pública tipificados en la Sección II, III y IV del Capítulo II del Título VIII de dicha norma*». Estas consideraciones eran importantes ya que permitían inferir que la razón esencial de los cambios que se aplicarían en el articulado sobre la pena de inhabilitación, perseguían únicamente una utilidad estrictamente pragmática, cuál era la de evitar que los condenados por delitos contra la administración pública pudieran retornar o ser nuevamente reclutados para el servicio del Estado, al cual habían defraudado y lesionado cuando ejercieron funciones públicas. Esto es, las enmiendas propuestas no tuvieron el propósito técnico de afinar la estructura normativa de la aludida pena limitativa de derechos, ni de superar los viejos y nuevos problemas prácticos que habían dado a conocer la doctrina y la jurisprudencia luego de más de 25 años de aplicación del Código Penal peruano. Sobre todo en el tratamiento punitivo de los delitos contra la administración pública. En coherencia, pues, con ese limitado propósito político criminal, el art. 1 del Decreto. Legislativo 1243 identificó con precisión que tenía «*por objeto modificar el Código Penal y el Código de Ejecución Penal, a fin de establecer la pena de inhabilitación principal para los delitos contra la Administración Pública, así como ampliar el plazo de duración de la misma y crear el Registro Único de Condenados Inhabilitados*».

Lo reseñado, además, ayuda a entender que la composición normativa y las modificaciones contenidas en los diferentes artículos del citado Decreto Legislativo, no hayan incluido alternativas novedosas o necesarias para mejorar la aplicación de penas de inhabilitación a los altos dignatarios del Estado que asomaran como autores directos o mediatos de graves delitos de corrupción y lavado de activos (por ejemplo, la suspensión inmediata de prerrogativas procesales). En todo caso, lo único relevante fue la incorporación de una «*muerte civil*» o «*inhabilitación perpetua*» para los funcionarios públicos comprometidos en graves delitos contra la administración pública. Cabe señalar que con dicha decisión legislativa se procuró, con notoria improvisación y timidez, dar cumplimiento a una difundida propuesta que había promovido el partido político que resultó vencedor en la última contienda electoral. Tal actitud oportunista y populista fue rápidamente advertida y cuestionada por los comentaristas nacionales ²¹².

Otros cambios producidos en torno a la pena de inhabilitación por el que Decreto Legislativo 1243 fueron los siguientes:

- Incrementos en la extensión de las penas de inhabilitación principal que podían alcanzar una duración temporal máxima de hasta 20 años.

- Introducción de penas conjuntas de inhabilitación en el articulado de la Parte Especial correspondiente a los más caracterizados delitos funcionariales.
- Reformulación de la naturaleza, eficacia y operatividad de la pena de inhabilitación regulada por el artículo 426 del Código Penal para los delitos funcionariales y contra la administración de justicia.
- Modificación de los presupuestos de eficacia de la rehabilitación automática previstos por el artículo 69 del Código Penal, para ser observados en los casos de condenas a penas de inhabilitación perpetua.
- Regulación de un nuevo procedimiento de revisión de la duración indeterminada de la inhabilitación perpetua para viabilizar los efectos cancelatorios de la rehabilitación.
- La organización de un sistema de registro de cobertura nacional para inscribir en él a los condenados a penas de inhabilitación por delitos contra la administración pública y evitar su reingreso al servicio público.

A continuación, haremos un breve examen crítico de los dos primeros de aquellos cambios.

1. Las reformas en la regulación de las penas de inhabilitación principal

El Decreto Legislativo 1243 aportó dos modificaciones importantes al artículo 38 del Código Penal. En ambos casos se trató de decisiones de sobrecriminalización de determinados delitos funcionariales. En efecto, por un lado, se elevó entre cinco a veinte años la duración de la pena de inhabilitación principal aplicable a un total asistemático de diecisiete delitos contra la administración pública (se consideró a los delitos tipificados en los artículos. 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400 y 401). Y, en segundo lugar, se incluyó para ese mismo grupo de hechos punibles la modalidad de inhabilitación principal perpetua, cuando su ejecución sea realizada por quien actúa integra una organización criminal o cuando la conducta punible cometida afecte «programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o desarrollo» por montos económicos superiores a «quince unidades impositivas tributarias».

Ahora bien, la primera observación crítica que cabe formular a esta modificación es de carácter técnico y sistemático. Las reformas introducidas son en realidad circunstancias agravantes específicas en tanto agravan la penalidad conminada para un listado de delitos regulados en la Parte Especial. El artículo 38 no solo está en la Parte General del Código Penal, sino que, además, cumple la función de caracterizar de modo genérico a la pena de inhabilitación. Por tanto, lo pertinente hubiera sido señalar en dicho artículo solo las nuevas modalidades y extensión que tendría en adelante la pena de inhabilitación principal. Cabe mencionar que un mejor modelo para ello preexistía ya en el artículo 59 del Proyecto de Código Penal de 1986, donde la pena de inhabilitación fue configurada como de duración indeterminada o temporal. En todo caso, un lugar más apropiado para incluir estas sobrecriminalizaciones específicas también pudo ser el marco genérico y de eficacia omnicompreensiva del artículo 426 o el de la propia redacción de cada uno de los tipos penales involucrados por aquella.

En cuanto a lo político criminal es de cuestionar enfáticamente la configuración de la nueva inhabilitación perpetua. Sobre todo por su inconsecuente falseamiento simbólico. Efectivamente la innovación aplicada no se refiere en realidad a una inhabilitación de carácter absoluto y que lleve a una pretendida «muerte civil». Pero, además, tampoco se trata de una sanción de eficacia perpetua, en el sentido atemporal de no tener un límite de duración o de que el cese de dicha pena tenga que cumplirse con la extinción de la propia vida del condenado. Lo que si se contemplaba en los Códigos Penales de 1863 (Cfr. artículos 79 y 83) y de 1924 (artículos 28, 30 y 31), que incluso incluían una pena accesoria de interdicción civil. La nueva modalidad de inhabilitación perpetua del Decreto Legislativo 1243, es solamente una forma de inhabilitación de duración en principio indeterminada, pero que será revisable luego de 20 años de cumplimiento; algo muy similar a lo que se propuso en el artículo 43 del Proyecto de Código Penal de 2016.

Asimismo, esta pretendida inhabilitación perpetua puede ser objeto de otros cuestionamientos si se le aplica un test de rendimiento y utilidad operativa. En efecto, si se analiza su direccionada focalización aplicativa, la cual alcanza sólo a determinados delitos funcionariales; y, luego, si se reflexiona también acerca de su posibilidad de implementación únicamente para cuando concurren circunstancias agravantes específicas bastante elaboradas, se desenmascara y debilita su estereofónico mensaje social de medida radical contra la alta corrupción de sistema. Al respecto, hubiera sido más consecuente y útil con tal exigencia ciudadana, construir una formula general para todo delito funcional grave como los que se vienen imputando de manera transversal en Latinoamérica a personas expuestas políticamente que han tenido la alta misión de dirigir los destinos de sus naciones. Y en ese mismo sentido colocar la inhabilitación perpetua como

consecuencia de agravantes más coherentes con esa realidad actual como, por ejemplo, el rango del funcionario público implicado o el haber obtenido tal condición por elección popular.

2. La inclusión de penas conjuntas de inhabilitación en delitos funcionariales

Otra innovación sensible del Decreto Legislativo 1243, consistió en la inclusión desordenada de penas de inhabilitación para un número significativo de delitos contra la administración pública. Si bien se trataba de hechos punibles funcionariales muy caracterizados como la colusión, el peculado y diferentes modalidades de corrupción, la técnica legislativa empleada se alejó radicalmente del estilo original del Código Penal de 1991, que consideraba la aplicación de dicha clase de sanción penal como pena conjunta para todos los delitos funcionariales del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial en el artículo 426. Lamentablemente, esta última disposición normativa ya había sido objeto de sucesivas y contradictorias modificaciones legales, las que fueron alterado significativamente su función y operatividad. No obstante, sólo la última reforma que le aplicó el Decreto Legislativo 1243 logró vaciarle de contenido.

Ahora bien, al margen del desatino sistemático que producen todas estas reformas, preocupa también la inexplicable omisión del señalamiento legal de los límites de duración, mínimo o máximo, que corresponden a las penas de inhabilitación introducidas para los delitos funcionariales afectados. Efectivamente, el texto legal, en todos estos casos, ahora solo se refiere a la pena de inhabilitación que «*corresponda*». Con esta rara técnica legislativa no sólo se resiente el principio de legalidad, sino que se anula toda posible dosificación punitiva diferenciada entre los distintos delitos contra la administración pública, dejando de valorar su mayor o menor gravedad, así como la intensidad de su significado social. Al respecto, mejor hubiera sido reformular el citado artículo 426 señalando en él de modo general que «*[a] todos los delitos de los Capítulos II y III de este Título, se les aplicará, además, una pena de inhabilitación en la extensión que corresponda y dentro de los límites fijados por el artículo 38, conforme a los incisos pertinentes del artículo 36*». Si se hubiera optado por una modificación legal de estas características las consecuencias resultantes hubieran sido menos arbitrarias y ambiguas.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Cabe caracterizar al Perú del siglo XXI como un país de economía emergente con cuotas significativas de informalidad. Una sociedad donde, además, confluyen todavía muchas condiciones favorables para el crecimiento constante de la delincuencia violenta y organizada, la cual aporta un volumen relevante de ganancias ilícitas que pasan a formar parte de lo que los economistas y sociólogos contemporáneos denominan el «*producto criminal bruto*». Este peligroso dato socioeconómico acarrea también la necesidad la operatividad activar o latente de elaborados mecanismos de lavado de activos que permiten que el capital ilegalmente producido por la criminalidad pueda «*perder su mal olor*» y minimizarse con el torrente opaco de la informalidad como advierten ELMAR ALVATER y BIRGIT MAHNKOPF²¹³.

Pero también constituye un componente disfuncional de la realidad peruana, tal vez el más preponderante en la coyuntura actual que vive el país, el sensible desencanto que comparten amplios sectores de la ciudadanía hacia las políticas públicas o el desempeño de las agencias estatales contra el crimen y más recientemente contra la corrupción de sistema, atribuido a personas expuestas políticamente.

Todo ello ha ido generando consecuencias sistémicas tan inéditas como negativas, que han alcanzado identidad propia a través de subrepticios estilos de gobierno, los cuales procuran integrar siempre las políticas públicas de naturaleza social o económica, con las que corresponden a la prevención o el control del delito. Es más, las primeras suelen construirse o justificarse, siempre a partir de la afirmación reiterada de la urgencia de acciones y medidas complementarias de indispensable contenido penal, que, incluso, en el caso peruano, ha llegado a promover la aplicación de estados constitucionales de excepción. Bajo esa cubierta, pues, se han hecho frecuentes, directos, o menos encubiertos, los programas o estrategias que adoptan formas de «*gobernar a través del delito*» o de explotar psicosocialmente las ventajas simbólicas que ofrecen a la clase política, los modelos de política criminal basados en el «*gobierno de la penalidad*».

Sin embargo, en el contexto descrito, ensayar reformas penales contra la criminalidad, siempre desesperadas, dispersas e inocuas, como las que se han venido implementando en los tres últimos años, no sólo es políticamente riesgoso, sino que tiende a ser en lo social muy contraproducente. Especialmente, cuando a través de ellas sólo se encubre una utilidad residual y concebida sólo para afectar modalidades convencionales de criminalidad fracasada o de manifestaciones de corrupción administrativa de baja intensidad que involucra a delincuentes de condición fusible e intrascendente.

Esto es, cuando tales reformas resultan ineficientes o insuficientes frente a la alta corrupción, la que pese a ser el problema central logra permanecer inmune e impune. Gestándose en definitiva un estado de mayor indignación entre la población con el consiguiente desgaste del sistema penal. Desafortunadamente ese parece ser el estándar político criminal que corresponde asignarle al Decreto Legislativo 1243 que introdujo la inhabilitación perpetua y a la reciente decisión parlamentaria de reformar el artículo 41 de la Constitución, para viabilizar una imprescriptibilidad de delitos de corrupción que paradójicamente no han quedado precisados por tan trascendente decisión ²¹⁴.

Bienes jurídicos, valores y derechos: satisfacción de necesidades y lucha por el reconocimiento

Mercedes Alonso Álamo

Catedrática de Derecho Penal

Universidad de Valladolid

I. NECESIDADES HUMANAS

La función político criminal del bien jurídico mereció la atención de J. M. TERRADILLOS desde los inicios de su carrera académica. En 1981, bajo el título «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal» ²¹⁵, publicó un artículo de lectura imprescindible cuando se plantea la cuestión de cómo trazar límites a las intervenciones del legislador en materia penal. Pese al tiempo transcurrido, dicho estudio mantiene su vigencia y, más aún, alcanza especial actualidad en un momento como el presente marcado por la crisis del bien jurídico. Por todo ello parece oportuno volver sobre tales cuestiones en estas páginas que me satisface escribir en homenaje al amigo y autor de dicho trabajo.

En el citado artículo, J. M. TERRADILLOS retoma una idea que ya había esbozado en su tesis doctoral publicada ese mismo año, 1981, bajo el título «Peligrosidad social y Estado de Derecho» ²¹⁶. Apoyándose en A. HELLER, desarrollaba allí un pensamiento de base marxista que le llevará, a la postre, a identificar el bien jurídico con «las posibilidades de satisfacción de las necesidades humanas» ²¹⁷.

TERRADILLOS formula una concepción material del bien jurídico exigente y comprometida socialmente. Muestra las insuficiencias de las concepciones del bien jurídico que lo identifican con los derechos subjetivos o con derechos fundamentales («...porque o bien identificamos el concepto de derechos fundamentales con aquellos ya reconocidos por el ordenamiento jurídico, con lo que llegamos a análisis positivistas no aplicables a la fase de *iure condendo* que nos ocupa, o bien nuestro examen se orientará al contenido de esos derechos, prescindiendo del "Derecho", con lo que habremos adelantado muy poco y estaremos en realidad moviéndonos en el ámbito de los valores»)

²¹⁸; afirma también la insuficiencia de las concepciones que identifican el bien jurídico con la protección de intereses, porque estos son siempre parciales, sosteniendo que la protección de intereses conduce a dar una respuesta ideológica al problema del bien jurídico teniendo en cuenta que el interés general deriva siempre de la generalización del interés privado; se opone asimismo a las concepciones que, con base en el neokantismo, hablan de la protección penal de valores, destacando que estos, por su contenido ético o moral, son inapropiados para constituir un bien jurídico y que al Derecho penal no le corresponde la función de promover, defender o fortalecer valores pues ello llevaría a que se confundiera el Derecho con la moral; se opone, en fin, a las tesis que sostienen que se protege lo dañoso socialmente, señalando que, pese a su contenido objetivo-social, la dañosidad social tiene un marcado carácter intrasistémico y, por tanto, conservador del orden dado, incompatible con una política criminal progresiva pues carece del potencial transformador-limitador del poder político establecido que una genuina concepción material del bien jurídico-penal debería tener ²¹⁹.

Frente a todas estas concepciones, TERRADILLOS postula la protección penal de necesidades, de la posibilidad de satisfacción de necesidades, en el marco de una sociedad democrática que aspira a ser justa e igualitaria ²²⁰.

Con base en las investigaciones de HELLER, parte TERRADILLOS de que la escala de valores llamados a orientar axiológicamente el Estado de derecho se puede derivar de dos axiomas fundamentales de origen marxista ²²¹: por un lado, la promoción de la riqueza, considerando que «es valor todo lo que contribuye al enriquecimiento de las fuerzas esenciales específicas, todo lo que las promueve»; por otro lado, la promoción de la posibilidad de apropiación multilateral --no alienante-- e igualitaria de dicha riqueza por parte de todos los individuos, entendiendo que «el valor supremo es la circunstancia de que los individuos puedan apropiarse la riqueza específica, la riqueza de la

especie» ²²². A partir de estos dos axiomas básicos se concretan y delimitan las necesidades, base de los bienes jurídicos a proteger penalmente.

HELLER distingue tres clases de necesidades por su contenido: existenciales, «propriadamente humanas», y radicales. TERRADILLOS nos muestra y describe esas diferentes necesidades y nos señala los posibles bienes jurídicos a ellas referidos. Al Derecho penal le corresponde, desde luego, la defensa de las condiciones de satisfacción de las necesidades existenciales, aquellas que marcan el mínimo vital ²²³, frente a los ataques más graves. Pero también la defensa de las condiciones de satisfacción de necesidades propriadamente humanas ²²⁴, cualitativas y cuantitativas, siquiera estas sean más difíciles de concretar, y hayan de ser racionalmente delimitadas para que, de un lado, el Derecho penal no entorpezca la satisfacción de necesidades cualitativas, y, de otro, se evite la satisfacción de necesidades cuantitativas que supongan la instrumentalización de las personas ²²⁵. También las necesidades radicales proporcionan base material para la fundamentación de los bienes jurídicos. Se trata de necesidades puramente cualitativas vinculadas a las relaciones de subordinación que solo pueden ser satisfechas mediante la superación de estas relaciones de subordinación ²²⁶, por lo que una política criminal realista debería limitarse a la defensa de una «participación igualitaria», y a alcanzar «la satisfacción del máximo de necesidades del máximo número de ciudadanos» ²²⁷.

TERRADILLOS no ignora que la necesidad no puede desvincularse plenamente de la idea de valor, que las necesidades van referidas a valores, son expresión de valores. Y partiendo de los dos axiomas axiológicos básicos o universales señalados por HELLER (recordemos, primero: es valor todo lo que promueve el enriquecimiento de las fuerzas esenciales; segundo: es valor «supremo» que los individuos puedan apropiarse la riqueza de la especie), sostiene que «se puede construir, mediante procedimientos deductivos, la escala de valores que deben informar el contenido material del ordenamiento jurídico», a la vez que, precisa, dichos valores deben buscarse en el marco del Estado de derecho ²²⁸.

Así pues, la elevación de la satisfacción de necesidades a fundamento material de los bienes jurídico-penales está unida indisolublemente a su referencia a valores. Pues las necesidades, como ya había señalado POLAINO NAVARRETE, para ser consideradas base de los bienes jurídicos, han de ser estimadas positivamente ²²⁹, lo que requiere referirlas a valores.

Decidir cuáles sean esos valores y a quien corresponde formular los correspondientes juicios de valor toca el fondo de la cuestión. Valores en sí y juicios de valor irrumpen de nuevo, aunque de forma renovada, en la discusión sobre el bien jurídico de base marxista. La referencia a los valores del Estado de derecho y al «orden de valores constitucional» ²³⁰ viene enseguida en consideración, como hemos visto. Pero llegado este punto y antes de seguir adelante examinando críticamente esta cuestión, parece conveniente que nos detengamos y hagamos algunas consideraciones acerca de qué son los valores y su relación con los juicios de valor, con el Derecho y, por lo que aquí importa, con los bienes jurídico-penales.

II. VALORES Y JUICIOS DE VALOR

La idea de valor, fundamental en el neokantismo jurídico axiológico de la Escuela sudoccidental alemana, es altamente controvertida. Como advirtió en 1986 GONZÁLEZ VICÉN, con la precisión y agudeza que le caracterizaba, sería algo así como una autocomplacencia infundada creer que poseemos una idea suficiente y definitiva de lo que es «valor». Y añadía, recordando el reconocido artículo de ORTEGA Y GASSET titulado «¿Qué son los valores?»: «Hoy todavía con toda razón podemos también nosotros formularnos el viejo interrogante: ¿qué son los valores? Desde su reducción psicológica hasta la idea de los valores como objetividades entitativas sostenida por la fenomenología, especialmente por MAX SCHELER y N. HARTMANN, pasando por la afirmación de su carácter irracional, puede decirse que no hay marco conceptual en el que no se haya querido situar alguna vez la noción de valor» ²³¹.

Las discrepancias en torno a los valores se manifiestan incluso dentro del seno del neokantismo jurídico axiológico. El mismo GONZÁLEZ VICÉN nos recuerda que para WINDELBAND «los valores no son propiedades reales de las cosas, sino cualidades basadas "en la relación con una conciencia valoradora", es decir, cualidades que nuestra sensibilidad o nuestra voluntad proyectan en los objetos de la experiencia» de manera, que «si se suprime el querer y el sentir, los valores desaparecen» ²³². En cambio, para RICKERT, continúa GONZÁLEZ VICÉN, «los valores poseen

validez independientemente de nosotros y prestan sentido objetivo a nuestra existencia»... «los valores constituyen un reino para sí que nosotros conocemos a través de los objetos en que se nos manifiestan o "bienes"»... «un proceso en el que no hay ningún momento psicológico, sino un mundo de sentido que apunta a valores aunque sin coincidir con ellos» ²³³.

Los valores no forman parte de la realidad sensible, no poseen realidad, dice GONZÁLEZ VICÉN, sino «validez», no pueden ser conocidos por la experiencia externa o interna, son «objetos suprasensibles», «significaciones» o «complejos de sentido», que no nos son accesibles a la experiencia, sino a la «comprensión». Los valores «se nos hacen reales» en «bienes» u objetos, «en un mundo de "significaciones" en cuyo origen se halla siempre la actividad humana» y que constituye un ámbito de estructura muy precisa que los neokantianos de Baden denominan «cultura», esto es, «aquella parte de la realidad que el hombre conforma para la realización de valores» ²³⁴. Cultura es esencialmente el Derecho, nos dirá GONZÁLEZ VICÉN en otro lugar. Y esto quiere decir «experiencia referida a valores, un complejo de significaciones, una realidad cuyo sentido es la realización del valor jurídico» ²³⁵.

Con la referencia a un mundo de valores en el que encontraría el Derecho la razón de su validez, el neokantismo deja abierto un problema fundamental que GONZÁLEZ VICÉN plantea en sus justos términos: «¿No hay otra solución al problema de la validez normativa que la referencia a una objetividad situada "fuera" del Derecho? ¿No serán la validez lo mismo que la facticidad momentos constitutivos en la dialéctica del Derecho? Y, finalmente, si esto es así, ¿hasta qué punto posee estructura histórica y es sólo comprensible históricamente la validez jurídica?» ²³⁶.

Algo de luz se arroja sobre el problema si, de nuevo con GONZÁLEZ VICÉN, apartamos la mirada de los valores en sí y la dirigimos a los juicios de valor o axiológicos. Porque entonces nos sale al paso «una problemática completamente distinta, aunque complementaria»: la que evidencia que los juicios valorativos tienen la estructura de las proposiciones ideológicas, esto es, de aquellas cuyas raíces «se hallan, no en la esfera teórica, sino en el ámbito vital», la que evidencia que «la racionalización de sentimientos o situaciones de hecho, es decir, su ideologización es la sustancia de los juicios valorativos», y que, sin embargo, «pese a su ilegitimidad lógica, los juicios valorativos poseen»... «una profunda significación sociológica» ²³⁷. Los juicios de valor, vacíos en sí, devienen en instrumentos ideológicos y cumplen una decisiva «función justificadora» al servicio de las ideologías de la dominación.

Entendido el Derecho como «un orden de naturaleza histórico-social condicionado por factores ideológicos y de hecho», no es difícil ver en él «un instrumento técnico de dominación de las clases y de los grupos sociales» y, con ello, «la contradicción inherente a todo Derecho y que ya MARX había visto con absoluta claridad: la contradicción de que, siendo expresión de intereses muy determinados de una situación de poder, el Derecho pretende una validez general; es decir, no sólo limitada a las clases cuyos intereses refleja, sino extendida a toda la sociedad», lo que permite plantear en sus justos términos la cuestión de la obediencia al Derecho ²³⁸.

La vaciedad de los valores y la constatación de la esencia ideológica de los juicios de valor, unido al reconocimiento de que el Derecho está condicionado por factores ideológicos y de hecho, permite también plantear en sus justos términos el problema de la protección penal de valores. La filosofía de los valores es ideología de la clase dominante. Esta imprime en el subconsciente sus valores (un «sentido moral», un «sentido jurídico», un «sentido estético») haciendo que sean dominantes los valores de la clase dominante ²³⁹.

Un cambio de planteamiento con potencial transformador viene de la mano del análisis de lo concreto y determinado históricamente como principio metódico que MARX opone a la formulación abstracta de principios, al «quietismo» de la Escuela histórica y de sus precursores ²⁴⁰, y que permitirá sostener que «cuando el curso del tiempo hace surgir un nuevo interés o una nueva necesidad, es preciso cambiar la legislación que no tiene en cuenta este interés o esta necesidad» ²⁴¹, en el bien entendido de que, como apunta MARX, «... son los hombres, los hombres que desarrollan su producción y su tráfico materiales, quienes al modificar ésta su realidad modifican también su pensamiento y los productos de su pensamiento», concluyendo de forma lapidaria que «no la conciencia determina la vida, sino que la vida determina la conciencia» ²⁴².

Intereses y necesidades son realidades referidas a valor, bienes en los que los valores se nos hacen

reales y que, en su caso, se hacen acreedores de la protección penal. Pero ¿de qué valores hablamos ahora? Parece que ya no de los valores que nuestra conciencia proyecta en la realidad, sino de los que la realidad, la vida, lleva a reconocer. No ya del «espejismo» de un consenso sobre los valores, como el que, según palabras de GONZÁLEZ VICÉN, «se dio cuando Europa era aún la Cristiandad, es decir, cuando los hombres se hallaban unidos por un orden social y político prácticamente indiscutidos y por unas creencias comunes éticas y religiosas mantenidas y salvaguardadas por la Iglesia Romana»²⁴³, sino de valores compartidos en la sociedad, aquellos que expresan, como dice HABERMAS, «la preferibilidad de bienes que en determinados colectivos se consideran deseables y que pueden adquirirse o realizarse mediante una acción enderezada a ese fin», esto es, las «preferencias intersubjetivamente compartidas»²⁴⁴.

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS HUMANOS: LUCHA POR EL RECONOCIMIENTO Y BIENES JURÍDICOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS

Frente a las concepciones formales que reducen el bien jurídico a lo protegido por la norma o a lo pretendido por el legislador, J. M. TERRADILLOS formula una propuesta realista acerca del bien jurídico que debería posibilitar la transformación del Derecho penal en el camino hacia una sociedad democrática más justa e igualitaria: propone fundamentar materialmente el bien jurídico acudiendo al criterio de la posibilidad de satisfacción de necesidades humanas.

Pero las necesidades solo son definibles en base a valores. De manera que, después de haberse destacado la insuficiencia de los valores, tal como estos se desenvolvían en el marco del neokantismo jurídico axiológico, la idea de valor retorna al debate sobre el contenido y la fundamentación de los bienes jurídico-penales, siquiera lo haga de forma renovada.

Llegado este punto la pregunta parece obligada: ¿No es posible contar con un marco referencial fuerte, donde facticidad y validez se conjuguen armónicamente, un marco que proporcione una base estable a la vez que dinámica en la fundamentación y concreción de los bienes jurídicos penales?

TERRADILLOS habla del orden de valores constitucional y de los numerosos derechos reconocidos constitucionalmente²⁴⁵. También de un orden de valores deducibles de los dos axiomas axiológicos de base marxista a los que antes hemos hecho referencia.

Pero el abandono de los valores como nociones absolutas de validez intemporal no parece que deba ser sustituido por los valores enraizados en la Constitución, como si de un nuevo texto sagrado se tratara, a los efectos de delimitar los bienes jurídico-penales. Podemos aceptar que los derechos constitucionales en el marco de un Estado democrático de derecho encarnan valores compartidos. Podemos incluso aceptar que derechos y principios fundamentales tienen no sólo un sentido

deontológico sino también teleológico²⁴⁶. Pero nada de ello es suficiente, a nuestro juicio, para tratar de hallar en las Constituciones rígidas el referente o la base de los bienes jurídico-penales.

Varias son las razones que pueden invocarse en contra de una concepción constitucionalista del bien jurídico, sea amplia o estricta. De un lado, la concepción constitucionalista del bien jurídico conduce al encorsetamiento del bien jurídico dentro del marco constitucional, impidiendo la protección de nuevas necesidades u obstaculizando, como dice BUSTOS RAMÍREZ, que se pueda profundizar en el Estado social y democrático de derecho suprimiendo objetos de protección que devengan

democráticamente insostenibles²⁴⁷. De otro, porque las Constituciones pueden cambiar o desaparecer, incluso contener «injustos constitucionales», y no por ello dejarían de existir necesidades, bienes o intereses merecedores de protección penal en los que se encarnarían valores compartidos vinculados a derechos humanos conquistados a lo largo del tiempo. Ni directa ni indirectamente, cabe decir, se deriva de la Constitución *lo que debe ser* bien jurídico-penal. La Constitución no tiene el monopolio sobre los bienes jurídico-penales. Cuestión distinta es que la Constitución constituya un marco referencial en principio atendible, no definitivo ni cerrado, y, sobre todo, que se pueda en principio derivar de ella *lo que no debe ser* un bien jurídico-penal.

Ninguno de los inconvenientes que presentan las concepciones constitucionalistas del bien jurídico se halla en la concepción que estimamos preferible y que defiende la delimitación de los bienes jurídicos a partir del marco que establecen los derechos humanos, postulando la fundamentación y delimitación de aquellos a partir de estos, toda vez que en los derechos humanos cristalizan las necesidades humanas que importa satisfacer.

Varias son las razones que abogan en favor de considerar que los derechos humanos constituyen un marco de referencia atendible en la formación de los bienes jurídico-penales. Los derechos humanos, antepuestos al Estado y al derecho positivo, tienen una dimensión internacional y son

universalizables. Conquistados en la historia, forman parte de un proceso abierto vinculado a la lucha por el reconocimiento que da lugar a la progresiva aparición de sucesivas generaciones de derechos humanos. Su *existencia* no depende del reconocimiento legislativo --ni en las Constituciones ni en Declaraciones internacionales de derechos-- sino del reconocimiento de necesidades humanas básicas referidas a valores que tiene lugar en la historia y que podemos en principio situar en el marco de una fundamentación explicativo-existencial, discursiva, de los derechos humanos ²⁴⁸ complementada con el principio de realidad, esto es, conforme a una teoría de la sociedad abierta al problema de la lucha por el reconocimiento y a los conflictos motivados por el no-reconocimiento o desprecio hacia determinadas pretensiones de autonomía ²⁴⁹. Este marco referencial supone por lo demás un filtro de los valores, conjurando la vaciedad originaria de estos y el peligro que les es inherente por cuanto son susceptibles de manipulación ideológica. En los derechos humanos se realiza una síntesis armónica de facticidad y validez en tanto momentos constitutivos de la idea de Derecho. Y en ellos podemos hallar la base de la que extraer los bienes jurídico-penales. El carácter abierto de los derechos humanos y su afirmación antepuesta al reconocimiento legislativo, los sustrae a la crítica --que sí cabe dirigir a la intelección de los bienes jurídicos a partir de derechos subjetivos o a partir de derechos fundamentales formalizados y encorsetados-- de que carecen de las propiedades materiales necesarias para cumplir una función político criminal progresiva en la delimitación de los bienes jurídicos a proteger penalmente.

Situados en el marco de la lucha por el reconocimiento, los derechos humanos son la respuesta a necesidades humanas que se afirman históricamente con arreglo a valores que a su vez se abren paso en la sociedad. Y así, no sólo valores vinculados a intereses individuales, como vida, honor, libertad, intimidad, etc., sino también referidos a intereses colectivos, se abren camino en la historia dando lugar a sucesivas generaciones de derechos humanos y singularmente a derechos sociales y de solidaridad en los que se halla la base o referente de bienes jurídico-penales colectivos.

No es preciso entrar en la debatida cuestión acerca de si las últimas generaciones de derechos humanos son derechos colectivos o son derechos individuales que pueden ejercitarse colectivamente ²⁵⁰. Con independencia de la posición que se adopte al respecto, no parece cuestionable que desde la perspectiva que aquí importa de concreción y delimitación de los bienes jurídicos a proteger penalmente, las últimas generaciones de derechos humanos --entendidos estos en todo caso al servicio de la persona-- están en condiciones de marcar la base de determinados bienes jurídicos colectivos.

RODRÍGUEZ PALOP se ha ocupado ampliamente del proceso de generalización de las necesidades y del papel que en las mismas juegan los valores ²⁵¹. También de la tipología de las necesidades y de las necesidades radicales y los nuevos derechos, aquellos que «han venido de la mano de determinados movimientos sociales disidentes y minoritarios (aunque se pretenden representativos de toda la humanidad) que mantienen una actitud crítica frente a algunos aspectos relevantes del modelo imperante» ²⁵². Su aparición como fruto de las contradicciones del modelo político y económico imperantes y su referencia a nuevos valores que tratan de abrirse paso, nos lleva a plantear la cuestión de su legitimación y fundamentación procedimental.

IV. PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y CONCEPCIÓN PROCEDIMENTAL (DISCURSIVA) DEL BIEN JURÍDICO

El principio de necesaria protección de bienes jurídicos --principio limitador del *ius puniendi* estatal-- ha de hacer frente no solo al difícil problema de la delimitación material de los bienes jurídicos sino también a la cuestión procedimental de cómo y con arreglo a qué criterios se legitiman y fundamentan.

Por una parte, constituye un referente material fuerte la posibilidad de satisfacción de necesidades definidas en base a valores y que cristalizan en los derechos humanos. Pero con ello nada se ha dicho todavía del proceso a través del cual se hacen patentes y cristalizan valores, necesidades y derechos humanos que dan lugar, con la apertura de un nuevo procedimiento, a bienes jurídico-penales.

Ha de tratarse en todo caso de un procedimiento democrático, discursivo y conforme con la «razón comunicativa» ²⁵³. El procedimiento es insuficiente por sí solo para dar validez al Derecho, pero sin el mismo no puede hablarse de validez: pues es discursivamente cómo necesidades y valores se hacen patentes y cristalizan en la sociedad. De acuerdo con ALEXY, hay que estar a una fundamentación explicativo-existencial, discursiva, de los derechos humanos, lo que implica el reconocimiento de sujetos libres y autónomos que participan en el discurso en condiciones de

igualdad ²⁵⁴. De la misma manera, cabe abogar por la legitimación discursiva de los bienes jurídico-penales. VOGEL lo expresa con acierto: «los bienes jurídicos se muestran como algo hecho discursivamente y en relación a un mundo y una sociedad de configuración previa, aunque también cambiante y modificable; no como algo ontológico previo» ²⁵⁵. Queremos concluir volviendo a recordar las palabras de MARX antes citadas, por cuanto responden a la misma inversión metodológica: no la conciencia determina la vida sino que es la vida la que determina la conciencia.

Derecho penal y utopía garantista: una visión latinoamericana

Juan Oberto Sotomayor Acosta

Universidad Eafit

(Medellín, Colombia)

I. DERECHO PENAL Y UTOPIA GARANTISTA

En un reciente texto en el que analizaba la actual política criminal frente al terrorismo, Terradillos llamaba la atención sobre la necesidad de «evitar la dicotomía simplificadora "seguridad-libertad", siempre interpretada en el sentido de que el incremento de la primera exige, como ineluctable peaje, el sacrificio de la segunda. Cuando lo que muestra la historia es que los espacios de libertad han sido más amplios en el marco de Estados seguros. Porque la seguridad no es un bien autónomo que se explique y justifique en sí mismo: la seguridad es seguridad de algo, y ese algo, en el Estado democrático, es ejercicio seguro de derechos fundamentales» ²⁵⁶.

Esta idea refleja con claridad no sólo el talante y compromiso democrático que caracteriza a la persona y la obra del profesor Terradillos, sino que resume lo que ha sido desde Beccaria la gran utopía del derecho penal, esto es, la búsqueda del equilibrio entre las necesidades de prevención de los delitos y, al mismo tiempo, la protección del individuo frente a los posibles abusos de los medios punitivos que precisamente dicha prevención suele poner en marcha. Hasta ahora, sin embargo, el desarrollo del derecho penal ha girado de manera prevalente en torno a la idea de prevención, que así unilateralmente entendida ha dado lugar a un derecho penal de máximos medios punitivos y al deterioro creciente de su función de garantía, pues unas exigencias de prevención no siempre suficientemente justificadas han reducido a una mínima expresión la función limitadora del derecho penal ²⁵⁷. Esta realidad hace evidente, de nuevo, la crisis de legitimidad que desde su origen acompaña al derecho penal moderno, pues frente a los nuevos retos que la prevención plantea en la compleja realidad actual, la respuesta político criminal se ha concentrado de manera casi exclusiva en meras propuestas de intervención penal, dando lugar a un proceso de criminalización en todos los órdenes (criminalidad económica, medio ambiente, violación de derechos humanos, violencia machista, diversidad, etc.), que a su vez, en un círculo vicioso, alimenta la tendencia hacia un derecho penal máximo, tornándolo de esta manera cada vez más ineficaz y selectivo. Al mismo tiempo, en la búsqueda de una mayor eficacia de dicha protección, se viene produciendo, como consecuencia, el desmonte de buena parte del sistema de garantías de contención del poder que el propio derecho penal había construido durante siglos.

Dada la tendencia actual, quizás la manera más adecuada de mantener viva la *utopía garantista* consista hoy no tanto en la reducción de la intervención penal abstracta (reducción que, aunque necesaria, no se vislumbra en la agenda actual del legislador penal), sino más bien en lograr una expansión del sistema de garantías que imponga mayores restricciones jurídicas al uso de la pena. Ello, por supuesto, supone un reto para una dogmática jurídico-penal que --como ha escrito Ferrajoli-- ²⁵⁸, oscilante entre la resignación pesimista y la aceptación realista, camufla como opción «científica» su falta de compromiso civil y su actitud contemplativa.

Se requiere, pues, una renovación conceptual de la ciencia penal que posibilite la tarea de convertir en programa práctico los hasta ahora --en gran medida-- incumplidos compromisos constitucionales, objetivo claramente inalcanzable para la dogmática tradicional, anclada aún en pretensiones de neutralidad y universalidad.

Quizás la teoría jurídica con mayor capacidad de asumir este desafío es la *teoría garantista* de Ferrajoli ²⁵⁹, de notable acogida en el derecho latinoamericano y en particular en el derecho penal. No obstante, está aún por elaborar una dogmática penal desde este paradigma garantista, pues para ello no basta con citar a Ferrajoli para fundamentar construcciones dogmáticas que se tienen ya elaboradas de tiempo atrás, caracterizadas por su eclecticismo y aparente neutralidad. Se trata por el

contrario de reconstruir las funciones de la dogmática en razón del nuevo paradigma introducido por el constitucionalismo y, en consecuencia, renovar sus categorías a partir de los instrumentos conceptuales de la teoría garantista.

De ahí que convenga precisar --así sea de manera breve-- lo que es el garantismo, así como las razones que lo hacen teóricamente atractivo desde una perspectiva latinoamericana.

II. ¿QUÉ ES EL GARANTISMO?

Garantismo es una palabra compleja, pues, como explica el propio Ferrajoli y lo destaca la doctrina que se ha ocupado del tema²⁶⁰, significa varias cosas al mismo tiempo:

En primer lugar, designa una *filosofía política* vinculada a una concepción del Estado como instrumento al servicio de la realización efectiva de los derechos y bienes pertenecientes al individuo. En el campo del derecho penal esta filosofía constituye un modelo de legitimación y sobre todo de deslegitimación, en tanto sólo está justificado aquel derecho penal que acredite ser mejor que la ausencia de derecho penal, en la medida que promueva o asegure la consecución de los objetivos de la intervención penal, que no son otros diferentes a la protección de los derechos y la minimización de la violencia²⁶¹.

Con la expresión garantismo también se alude a un *sistema jurídico* y a la *teoría del derecho* que se encarga de explicarlo. Desde este punto de vista un sistema garantista es aquel que establece, en garantía de lo que viene estipulado constitucionalmente como vinculante, «la sujeción (también) de la legislación a normas sobre la producción no sólo formales, esto es, relativas a la forma (al "quién" y al "cómo"), sino también sustanciales, es decir, relativas a los contenidos de las normas producidas (al "qué" no se debe o se debe decidir), cuya violación genera antinomias por acción o lagunas por omisión»²⁶². Ello ha supuesto importantes cambios en el sistema jurídico, pues asuntos que antes se encontraban fuera del derecho, en el ámbito de la moral y la política, se han integrado ahora como parte del ordenamiento jurídico mismo, transformando lo que antes eran problemas externos o de justicia *del* derecho en problemas internos de validez *en* el derecho²⁶³.

Es cierto que referido a los sistemas jurídicos --aún a los de los Estados constitucionales-- el garantismo será siempre un modelo o ideal, cuya realización efectiva podrá verse satisfecha, en mayor o menor medida, de acuerdo con la calidad y cantidad de las garantías normativamente establecidas y de su efectiva realización práctica²⁶⁴. Pero precisamente por ello, una de las características más sobresalientes de los sistemas jurídicos complejos que disponen de una constitución rígida es la latente divergencia entre el derecho que *debe ser* de acuerdo con las exigencias constitucionales (lo que define su validez) y el derecho que legalmente *es* (lo que a su vez determina su vigencia)²⁶⁵. En estos casos, como bien explica Ferrajoli, corresponde a la teoría del derecho incorporar como objeto privilegiado de la teoría, la divergencia potencialmente existente entre el «deber ser» constitucional del derecho y el «ser» legislativo²⁶⁶.

Por lo anterior, la teoría jurídica del garantismo se erige en una *teoría de la divergencia*, por cuanto recoge y da cuenta de tres divergencias²⁶⁷: la primera, entre el «deber ser externo» o ético político (*del* derecho) y el «ser» de los sistemas jurídicos en su conjunto (justicia vs validez). La segunda es la divergencia que se da entre el «deber ser interno» (*en* el derecho) y el «ser» de las normas legales (validez vs vigencia); divergencia ésta sobre la cual se asienta todo el edificio de las garantías, dirigido a asegurar la máxima efectividad de los principios constitucionales establecidos. Y la tercera, la que existe entre derecho y realidad, entre normatividad y efectividad, es decir, la divergencia entre el «deber ser jurídico» (o *de* derecho) y la experiencia jurídica concreta.

Finalmente, el garantismo también alude a una determinada concepción de la *ciencia jurídica*. En efecto, la incorporación de la divergencia a la teoría del derecho produce un cambio de paradigma en la ciencia jurídica, en tanto ésta se rebela ante esa especie de «naturalización» del orden jurídico positivo propiciada por la dogmática jurídica tradicional, que condujo no sólo a la consideración del derecho positivo como el objetivo exclusivo de todo conocimiento jurídico, sino también a entenderlo como expresión cuasi-absoluta del deber ser jurídico²⁶⁸. Con el garantismo, por el contrario, a las ciencias jurídicas corresponde un papel crítico, determinado por el propio objeto de estudio: a la sociología del derecho y a la filosofía de la justicia corresponde la crítica externa, en tanto la primera se ocupa de los desajustes entre vigencia y eficacia y la segunda de la divergencia

entre justicia y validez. A su vez, la crítica interna es competencia de la dogmática jurídica, a la que corresponde el análisis de la discordancia entre validez y vigencia, esto es, entre deber ser *jurídico*-constitucional y ser *jurídico*-legal ²⁶⁹.

III. IMPACTO DEL GARANTISMO EN AMÉRICA LATINA

Como ha destacado Prieto, uno de los grandes méritos del garantismo reside en haber sabido combinar de manera particularmente fecunda los postulados utópicos de la filosofía de la Ilustración, sin abandonar los límites conceptuales propios del positivismo jurídico ²⁷⁰, que hace de la teoría garantista del derecho una teoría que no puede ser reducida a ninguna otra, pues se sustrae a la *falacia iusnaturalista* que confunde la validez de las normas con su justicia, a la *falacia normativista* que confunde la vigencia con su validez y a la *falacia realista* que confunde la validez o vigencia de las normas con su eficacia ²⁷¹.

Por ello no debe extrañar el fuerte impacto que la teoría garantista ha tenido en los debates recientes de la teoría jurídica ²⁷² y de manera «muy especial y significativa» ²⁷³ en el mundo jurídico latinoamericano, donde primero *Derecho y Razón* y ahora *Principia Iuris* han alentado todo un programa crítico de renovación conceptual y política del derecho y de la democracia, de manera particularmente marcada en el ámbito del derecho penal.

Son varias las razones que hacen de la teoría garantista una teoría particularmente atractiva en Latinoamérica y que explican su amplia acogida. En particular cabe destacar su visión pesimista del poder, la divergencia jurídica entre ser y deber y el rol crítico que está llamada a cumplir la ciencia jurídica.

1. Visión pesimista del poder

«El presupuesto del garantismo --aclara Ferrajoli-- es siempre una concepción pesimista del poder como malo, sea quien fuere el que lo posee, puesto que se halla expuesto en todo caso, a falta de límites y garantías, a degenerar en el despotismo» ²⁷⁴. En el campo del derecho penal ello significa sobre todo reconocer que éste representa siempre un *mal* y no un bien moral, razón por la cual carece de una justificación propia o immanente. En consecuencia, ninguna opción penal de criminalización es *a priori* necesaria, pues el garantismo lo único que ofrece es un esquema de justificación siempre condicionada y por tanto de deslegitimación siempre latente, vinculada a la garantía de los derechos de las personas ²⁷⁵.

Lo cierto es que en América Latina no sólo prevalece una concepción pesimista del poder estatal sino que hay muy buenas razones para mantener dicha visión, tanto por lo que en estos países el Estado suele hacer como también por lo que deja de hacer. La historia latinoamericana ha estado marcada por las más diversas formas de ejercicio arbitrario y violento del poder, cuyos inicios se remontan al poder colonial, pasando por las guerras civiles surgidas con posterioridad a los procesos de independencia y el pasado reciente de regímenes autoritarios (civiles y militares, «democráticos» y de facto), y que se expresa hoy en día, primero que todo, como violencia estructural e institucional. En efecto, el crecimiento a nivel macro de las economías latinoamericanas, antes que solucionar las necesidades básicas de la mayoría de la población, se ha hecho al inmenso costo social de aumentar el número de pobres, con la diferencia que ahora los que se enriquecen no son ni siquiera las élites criollas sino las grandes empresas transnacionales. Desigualdades sociales que sólo pueden mantenerse a partir de altas dosis de violencia institucional: desde la tortura y las desapariciones forzadas como control de la disidencia política, pasando por operaciones de «limpieza social», «falsos positivos», hasta culminar en la oscura violencia institucional representada en la realidad carcelaria latinoamericana actual ²⁷⁶, como método de control sobre todo de la marginalidad social o de lo que Ferrajoli denomina criminalidad de subsistencia ²⁷⁷, que en nuestros países constituye la clientela casi exclusiva del sistema penal.

No es una exageración afirmar que amplios sectores de la sociedad latinoamericana la única cara que conocen del Estado es la representada por su poder punitivo. Luego, esta visión pesimista del poder de la que parte el garantismo no es en estos países una opción del jurista sino que le viene impuesta por la propia realidad.

2. La divergencia como característica del derecho en América Latina

En segundo término, si hay algo que desde sus inicios ha caracterizado a los sistemas jurídicos latinoamericanos es la brecha existente entre ser y deber ser, tanto *del* derecho (entre justicia y

derecho) como *en el* derecho (entre el texto constitucional y la ley) y la existente entre derecho y realidad, aspectos estos que siempre se resaltan en los estudios sobre las funciones del derecho en América Latina ²⁷⁸.

Este aspecto ha sido entendido por los enfoques jurídicos más tradicionales como un simple «defecto» normativo del sistema jurídico y como tal corregible mediante reformas legales ²⁷⁹, lo cual, antes que resolverlo ha supuesto una profundización del problema, pues la expedición de cada nueva ley viene por lo general acompañada de nuevas dosis de ineficacia, que a su vez, en la búsqueda de una mayor eficacia, suele dar lugar a expresiones jurídicas autoritarias o, en otros casos, al surgimiento o mantenimiento de medios coercitivos plurales. De esta manera, por lo menos en el caso colombiano, los rasgos de ineficacia, autoritarismo y pluralidad, antes que defectos deben ser entendidos como características estructurales del derecho ²⁸⁰: a) *ineficacia*, tanto de las normas constitucionales respecto del derecho vigente como también del derecho en general en relación con la conducta de los actores jurídicos y de los ciudadanos; b) *autoritarismo*, por la frecuente discordancia entre el deber ser proclamado constitucionalmente y los desarrollos legislativos concretos mediante procedimientos autocráticos (en particular mediante el recurso a la «excepcionalidad»); y c) *pluralidad*, por cuanto la ineficacia del derecho ha dado lugar a la coexistencia de múltiples expresiones coercitivas en un mismo espacio y tiempo ²⁸¹.

Este no es un fenómeno de reciente aparición, pues ya en los orígenes mismos de la república es posible encontrar la utilización del derecho más como mecanismo de legitimación política que como instrumento de implementación de las políticas públicas ²⁸²; y es esta característica y no supuestos defectos de implementación la que explicaría la divergencia existente entre el derecho que constitucionalmente debe ser, el derecho que es y las prácticas jurídicas, pues en la búsqueda de legitimación política el derecho tiende a privilegiar su carácter general y universalista, que sin embargo lo lleva con frecuencia a alejarse de una realidad social muy diferente.

Lo anterior ha dado lugar a dos tipos de prácticas claramente interrelacionadas: por una parte, es frecuente el uso simbólico de las normas y los discursos jurídicos (en especial de rango constitucional) por medio del cual «se intenta compensar parcialmente el déficit de legitimidad, derivado y causado a la vez por la ineficacia instrumental del Estado, con el aumento de la comunicación a través de la producción de normas y discursos legales como respuestas a las demandas sociales de seguridad, justicia social y participación» ²⁸³. Por tanto, se trata de normas que pretenden sobre todo legitimación política y de cuyo uso se deriva la ineficacia como su principal característica ²⁸⁴.

En segundo término, dado que la dimensión simbólica también suele generar excesos retóricos, progresismo textual y mayores déficits de eficacia, se presenta también el recurso constante a los estados de excepción, pues es frecuente la mediatización del derecho en beneficio de fines políticos, que lleva a aplicarlo sólo cuando se considera que las circunstancias fácticas lo permiten. Esta concepción, frecuente no sólo entre los funcionarios estatales sino también entre los ciudadanos, explica la otra característica del sistema jurídico penal colombiano: el autoritarismo, pues las dificultades de aplicar un derecho general creado para obtener legitimidad conduce con frecuencia a la excepción que emerge de una realidad social bien diferente ²⁸⁵.

Así entendido, no debe pues extrañar que el derecho sea varias cosas al mismo tiempo: primero que todo, un programa u objetivo político a alcanzar, pero con la característica que dicho programa aparece en buena parte recogido en los textos constitucionales, convirtiéndose de esta manera en el derecho que *debe ser*, pero que con frecuencia no *es*. Bastante ilustrativa resulta al respecto la constitución colombiana, que en su artículo 22 consagra la paz como un derecho y un deber «de obligatorio cumplimiento». Es evidente que en un país que ha vivido una confrontación armada interna por más de cincuenta años y que ha sufrido los estragos e injusticias de la guerra como ningún otro país latinoamericano, la paz ha sido no el presupuesto del derecho sino un objetivo *jurídico* a alcanzar; pero también es cierto que fue dicha consagración constitucional la que permitió la creación de un «marco jurídico para la paz» (acto legislativo 1 de 2012) así como una amplia legislación orientada a la consecución de la paz interna por medio del diálogo y la concertación, que culminó con la firma del acuerdo entre el gobierno colombiano y el grupo insurgente FARC en 2016. Pero en Colombia el derecho penal también ha sido un efectivo instrumento de guerra, esto es, una herramienta utilizada para aniquilar al enemigo, razón por la cual suele colisionar con frecuencia con

el modelo que viene impuesto por la carta constitucional, frente a la cual intenta legitimarse mediante el recurso permanente a la excepcionalidad ²⁸⁶.

Frente a una realidad como ésta el garantismo, a diferencia de las teorías jurídicas tradicionales, se erige en una teoría capaz de mantener la autonomía del derecho frente a la moral y la política y al mismo tiempo explicar no sólo el derecho que constitucionalmente *debe ser* sino también el que legalmente *es*, evitando así las falacias a las que suelen conducir las teorías tradicionales del derecho

²⁸⁷: la *iusnaturalista* que impide reconocer la existencia de normas válidas aunque injustas; la *legalista* que no reconoce la existencia de normas injustas a pesar de ser válidas; la *normativista*, que afirma la validez de una norma por el sólo hecho de estar vigente; y la *realista* que desconoce la invalidez y a veces hasta la inexistencia de una norma por el sólo hecho de ser eficaz.

3. Una reivindicación no conservadora del derecho

El garantismo le abre a la ciencia jurídica un lugar para los estudios críticos que no había alcanzado hasta ahora, al remover las bases de una ciencia jurídica anclada en la defensa y mantenimiento del *statu quo* jurídico legal, lo que en Latinoamérica y en particular en Colombia situaba al jurista ante una disyuntiva: por una parte, estaba obligado a salirse del derecho o transitar los senderos del iusnaturalismo crítico si quería desligarse de una legislación con frecuencia injusta y contradictoria con los postulados constitucionales, en razón de lo cual lo jurídico termina diluyéndose en el terreno de la crítica política, siempre pertinente pero en la que la especificidad del derecho desaparece como objeto de reflexión válido, relegado siempre a un segundo plano.

Por otro lado, la reivindicación del derecho desde una perspectiva estrictamente normativista muchas veces se hace desde un positivismo ideológico que pretende imponer el derecho que *es* como el que *debe ser* y con frecuencia reconoce el derecho vigente como una realidad (inclusive como una «triste realidad») que sin embargo debemos aceptar o a la que debemos resignarnos, porque en todo caso la misión del jurista consiste en explicar el derecho como es y no como debe ser. Positivismo que, por lo demás, no logra aprehender la compleja realidad del derecho existente en la gran mayoría de países latinoamericanos, en los que --como ya se explicó-- el derecho con frecuencia es un programa político al cual se aspira y al mismo tiempo una realidad que contraviene dicha aspiración. En primer lugar, por cuanto si lo que dicho positivismo tradicional tiene en cuenta es la realidad del derecho como aspiración o programa político, corre el riesgo de incurrir en la falacia normativista de confundir el derecho que *debe ser* con el derecho que *es*, pues está dejando por fuera la realidad del derecho de excepción también existente. Y si se concentra en éste, el riesgo que se corre es el de incurrir en la falacia naturalista de confundir el derecho que *es* con el que *debe ser*. Luego, por ambas vías la ciencia jurídica cumpliría una función ideológica, bien ocultando o bien justificando la excepcionalidad jurídica que contraviene los postulados constitucionales de los que se dice partir.

Por el contrario, la teoría del derecho del garantismo, al aprehender esta dualidad del derecho supone no sólo una evidente ampliación del campo de la dogmática jurídica, sino también su transformación en una ciencia *crítica*. Lo primero por cuanto la dogmática no puede limitarse sólo a «lo que el derecho es», según la clásica tesis positivista ²⁸⁸, dado que no puede evitar referirse también a «lo que el derecho debe ser», y que «forma parte igualmente --en un nivel normativo distinto-- del "derecho que es", así como "lo que el derecho no debe ser" y a pesar de todo es» ²⁸⁹. Y lo segundo por cuanto la siempre latente divergencia entre el derecho *válido* y el derecho *vigente* convierte en objeto central de la dogmática jurídica no sólo la identificación de las antinomias y lagunas resultantes (es decir, el *derecho ilegítimo*), sino también su superación como condición de consistencia tanto del derecho positivo como de los discursos acerca del mismo ²⁹⁰.

IV. EPÍLOGO

Mis primeras lecturas de Ferrajoli se remontan a 1986, en los inicios de mis estudios de doctorado en la Universidad de Salamanca, bajo la dirección del profesor Berdugo Gómez de la Torre. Por aquel tiempo, interesado como estaba ya en conocer algo más del pensamiento de Ferrajoli luego de la refrescante lectura del artículo sobre «El derecho penal mínimo» publicado en la revista *Poder y Control* [No. 0, 1986], tuve acceso al pequeño libro de Ferrajoli (en colaboración con Zolo), *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*, cuya lectura tuvo en mí un gran impacto y en alguna medida marcó lo que sería mi manera de concebir el derecho hasta hoy: «cualquier transacción sobre el derecho como sistema de límites y de controles frente al poder, de libertades individuales, de garantías para el disenso y la acción de los sujetos sociales, equivale a un paso atrás en el camino de la reducción del poder estatal que puede ser también una caída en la barbarie» ²⁹¹.

Se trataba de un libro difícil de conseguir y al cual tuve acceso gracias a unas fotocopias, que aún conservo, que me hizo llegar el profesor Juan Terradillos. ¡Gracias querido Terri!

Notas básicas sobre la autoría a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP español): Autoría y significado específico del hecho²⁹²

Carlos Martínez-Buján Pérez

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de A Coruña

La elección del tema de mi contribución a este Libro Homenaje se deriva ante todo de las nuevas perspectivas que ofrece la concepción significativa de la acción, elaborada por VIVES ANTÓN, la cual conduce a una caracterización de la autoría que, sobre ser político-criminalmente satisfactoria, se acompasa plenamente con la regulación del CP español.

Dada la limitada extensión que debe poseer mi contribución, me circunscribiré a señalar los aspectos más básicos sobre la materia (renunciando además a toda indicación bibliográfica), que condensan las tesis fundamentales que me propongo desarrollar en futuros trabajos. Queda, pues, pendiente la tarea de llevar a cabo una ulterior profundización en cada una de dichas tesis que aquí voy a enunciar, así como las pertinentes citas bibliográficas de la doctrina más relevante en la materia.

Por otra parte, me interesa subrayar de antemano que la caracterización de la autoría que a continuación expondré es válida no solo para los supuestos de la denominada delincuencia «tradicional», sino también para fenómenos más recientes, como señaladamente los de responsabilidad penal en el seno de organizaciones complejas o los de responsabilidad por la adopción de decisiones en órganos colegiados, sin perjuicio, obviamente, de las peculiaridades que en cada caso deban ser efectuadas a la vista de las ulteriores reglas que rijan dichas estructuras.

Así las cosas, y para despejar de entrada cualquier confusión, conviene aclarar que, si bien es cierto que cabe hablar de *autoría* en sentidos diversos, aquí me referiré, ante todo, al plano más básico, esto es, al plano *lógico* (no valorativo) de la determinación de quién lleva a cabo el hecho definido en un tipo penal, que es lo único que es *susceptible de hacerse*: en otras palabras, se trata de un problema que, en el seno de la teoría jurídica del delito, va vinculado exclusivamente a la acción.

Como indican VIVES --y, siguiéndole, GÓRRIZ-- no hay nada más básico o nuclear que la realización de la acción típica tal y como esta se describe por el legislador, que es lo que constituye el significado social primario de la conducta humana y sobre el cual podrán después añadirse otras determinaciones de sentido. En suma, solo puede ser autor la persona que lleva a cabo, en todo o en parte, el hecho típico.

Por consiguiente, el punto de partida para la determinación del concepto de autor únicamente puede venir dado por una perspectiva *objetivo-formal*, que se caracteriza por delimitar la autoría a partir del significado del verbo típico y que es la que también adopta inequívocamente el legislador español en su definición de autor en el párrafo primero del art. 28 CP, en el que se indica que la conducta propia del autor es *realizar* el hecho, verbo que, por lo demás, debe entenderse como equivalente a *ejecutar*. Así, hay que compartir la idea (sostenida también por otros penalistas, como singularmente DÍEZ-RIPOLLÉS, a partir de otras premisas metodológicas) de que se produce una superposición parcial entre la problemática de la autoría y la de la tentativa, desde el momento en que existe una identificación entre realización del hecho, actos ejecutivos y actos típicos, de tal manera que el principio de ejecución que da lugar a la tentativa coincide en lo sustancial en su contenido con los aspectos de acceso y control propios de la autoría, con lo cual, a su vez, actos preparatorios y actos de participación coinciden en la característica de que no alcanzan el nivel de realización o ejecución del tipo.

Por tanto, hay que descartar la tesis que exige para la delimitación de la autoría la realización de algún acto *consumativo*, puesto que aquí se parte de un concepto de *realización del hecho* equivalente al de *ejecución del hecho*, y según el cual la ejecución comienza antes del inicio de los actos consumativos. Ello comporta poder diferenciar entre actos ejecutivos y actos consumativos, como dos clases de actos *típicos*, caracterizadores ambos en todo caso del concepto de autor en sentido estricto frente a la noción de cooperador.

Ello no obstante, es preciso tener en cuenta que lo que sí pertenece al tipo de acción de la tentativa (inacabada) es la intención de consumir el hecho típico (o, en su caso, la de completar la ejecución), puesto que --como expliqué en un trabajo específico sobre este aspecto-- este elemento subjetivo no se identifica con el dolo, sino que es un genuino elemento definitorio del propio tipo de acción, que pertenece a la pretensión conceptual de relevancia. En efecto, una cosa es el dolo de la tentativa, que ha de abarcar el conocimiento y la voluntad de realizar una parte de los actos ejecutivos, y *otra cosa*

diferente es la intención de consumir el hecho típico, distinción que cobra verdaderamente trascendencia cuando la cuestión se aborda desde la perspectiva de la concepción significativa, en la que el dolo y el especial elemento subjetivo del tipo (integrado aquí por la resolución de consumir el hecho típico) cumplen funciones distintas y se incluyen en niveles sistemáticos diferentes de la teoría del delito: el primero, en la pretensión de relevancia y el segundo, en la pretensión de ilicitud.

Así, la resolución de consumir el hecho típico es ya imprescindible para la configuración del riesgo objetivamente relevante en la acción de tentativa. Si no existe dicha resolución no hay ya, pues, el principio de ejecución del delito por hechos exteriores que el art. 16 CP incluye en el concepto de tentativa, porque en los delitos intentados el acontecimiento externo sólo deviene peligroso en tanto en cuanto haya sido encaminado por el autor a la vulneración del bien jurídico. Es ya el propio concepto de ejecución típica el que exige la comprobación de la peligrosidad potencial de la acción para el bien jurídico.

Esta fundamentación sería suficiente ya para considerar que la ausencia de la resolución de consumir el hecho típico es un dato que debe ser examinado en la pretensión de ofensividad, puesto que excluye la dimensión valorativa del tipo de acción. Con todo, entiendo incluso que dicha ausencia hace ya conceptualmente irrelevante para el Derecho penal la conducta del autor, esto es, no existe ya el tipo de acción de la tentativa desde el punto de vista puramente definitorio (tipicidad en sentido estricto), porque sin ese momento subjetivo (que es el que permite resolver la equivocidad de la conducta de tentativa) no hay ya la clase de acción que interesa al Derecho penal.

En suma, sea como fuere, desde la perspectiva de la concepción significativa lo que resulta indudable es que, si falta en el autor la resolución de consumir el hecho típico, queda excluida ya la antijuridicidad material, sin que tenga sentido, pues, esperar a comprobar la ausencia de la infracción de la norma personal de conducta (en el plano de la antijuridicidad formal o ilicitud). Por tanto, la comprobación del especial elemento subjetivo integrado por la referida resolución es previa, en un sentido lógico, a la constatación del dolo de realizar los actos ejecutivos exigidos en el tipo.

De ahí que convenga hacer hincapié en que el referido elemento subjetivo no consiste, en puridad, en una «resolución delictiva», sino, más precisamente, en una resolución de consumir el hecho previsto por la ley como delito (que es, en rigor, una cosa diferente). Con ello pretendo subrayar que, en la medida en que se concibe como un elemento del tipo de acción (regido por la pretensión de relevancia), dicha resolución no prejuzga todavía el conocimiento y la voluntad propios del dolo, el cual pertenece a una pretensión de la norma lógicamente posterior y que podrá después quedar excluido si no se proyecta sobre los requisitos objetivos que conforman el principio de ejecución del hecho típico.

Por otra parte, con arreglo a la concepción significativa, ello supone entonces que un principio de ejecución así configurado, con la exigencia del especial elemento subjetivo, sea el que constituye el tipo de acción del delito intentado y el que sirve, pues, según aclaro más abajo, como regla intersubjetiva de cara a terceros, permitiendo la posibilidad de participación y de actuaciones defensivas de terceros.

Eso sí, cuestión diferente es que se analice el elemento subjetivo propio de la tentativa en un delito que requiera, a su vez, un especial elemento subjetivo del tipo, cuestión a la que no suele referirse habitualmente la doctrina. En tal caso habría que distinguir teóricamente dos elementos subjetivos: el especial elemento subjetivo requerido en el tipo y el elemento perteneciente a toda tentativa, consistente en la intención de consumir el hecho típico. Ahora bien, repárese en que en los delitos de intención (los únicos que, a mi juicio, contienen verdaderos elementos subjetivos del tipo) lo que sucede es que la constatación del especial elemento subjetivo del tipo de que se trate abarca ya el elemento subjetivo propio de la tentativa, puesto que, por definición, el objeto de aquel elemento subjetivo coincide con (o incluso va más allá de) la consumación del hecho típico. Así, v. gr., en el hurto el ánimo de lucro (o ánimo de apropiación definitiva de la cosa) presupone ya la voluntad de disponer potencialmente de la cosa sustraída (momento consumativo).

Sentado todo lo que antecede, cabe extraer la conclusión de que la básica caracterización objetivo-formal de la autoría que se desprende de la concepción significativa de la acción y de la regulación del CP español es incompatible ya, de entrada, con cualquier perspectiva de carácter constitutivamente *material*, como sucede, en particular, con todas las tesis que se fundamentan en la idea del *dominio del hecho* (incluyendo aun la versión más restrictiva, según la formulación de ROXIN) o con las tesis que se fundamentan en la idea de la *competencia*, en el sentido formulado primigeniamente por JAKOBS. Y hay que insistir en que es incompatible con estas tesis porque el paradigma de la concepción significativa y el del art. 28 CP nos aboca a entender que el autor que

realiza el hecho es aquel que lleva a cabo *actos ejecutivos*, o sea, *actos típicos*, un paradigma que, por lo demás, se ve reforzado en el vigente CP por la asunción de un concepto *restrictivo* de autor, que deja fuera de su ámbito a inductores y a cooperadores necesarios.

Por otra parte, el concepto de autor que se deriva de la concepción significativa de la acción que aquí se adopta, aparte de ser un concepto formal, es además un concepto *puramente objetivo* (coincidente en este aspecto con el criterio de la *determinación objetiva y positiva* del hecho, elaborado por LUZÓN, y desarrollado, con matices propios, por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO principalmente --aunque no exclusivamente-- para los delitos dolosos y por ROSO para los imprudentes), en el sentido de que no incluye la infracción de la norma personal de conducta. En efecto, hay que insistir en que en la caracterización más básica que estoy examinando, la autoría es un elemento del *tipo de acción*, que se inscribe en la primera pretensión de validez de la norma penal, la pretensión de relevancia, y que, por tanto, no incluye entre sus elementos el dolo y la imprudencia, habida cuenta de que estos quedan incardinados en la antijuridicidad formal, correspondiente a otra pretensión diferente de validez de la norma penal, la pretensión de ilicitud. Se trata, pues, de un concepto *común* a delitos dolosos e imprudentes.

De este modo, desde la concepción significativa se puede responder con sencillez a la crítica que algunos penalistas han dirigido a la tesis de la determinación objetiva del hecho, en el sentido de que esta sería incompatible con un concepto personal de injusto, o, más en general, con una concepción del injusto que considere el dolo (o, en su caso, la imprudencia) como un elemento subjetivo esencial del injusto. Con arreglo a la concepción significativa, el injusto es, evidentemente, personal, pero ello nada tiene que ver con la caracterización de la autoría, puesto que esta va vinculada a la realización de un tipo de acción, que se agota en la infracción de la norma de valoración (antijuridicidad material), mientras que la ilicitud (la infracción de la norma personal de conducta) va referida a la segunda pretensión de validez de la norma penal. En suma, el injusto (e incluso en sentido más amplio, la completa ilicitud, que incluye la ausencia de causas de justificación) sigue siendo personal, pero el tipo (caracterizado como tipo de acción) es plenamente objetivo, en la medida en que existe con independencia de que el autor haya obrado con dolo o imprudencia.

Y desde el prisma de la concepción significativa también se puede responder convincentemente a la acusación que se dirige a la tesis de la determinación objetiva del hecho (ligada en cierto modo a la objeción anterior) cuando se le achaca una sedicente «estanqueidad» del elemento de la autoría con relación (no ya solo al elemento subjetivo del delito) a otros elementos objetivos del tipo (singularmente, con respecto a la imputación objetiva en los delitos de resultado). En efecto, frente a dicha acusación hay que responder, de nuevo, que el concepto de autoría que estoy examinando va referido al plano más básico y propio, esto es, al plano *lógico* (no valorativo) de la determinación de quién lleva a cabo el hecho definido en un tipo penal, ligado exclusivamente a la acción que se realiza; de ahí que, situados en dicho plano, no solo tiene que quedar al margen el elemento subjetivo del delito, sino también los restantes elementos objetivos del tipo de acción. Para dar respuesta al interrogante básico de quién es el autor de un determinado hecho nada tiene que ver la configuración de los restantes elementos del tipo. Ahora bien, ello no implica, obviamente, que el elemento de la autoría no esté relacionado con los referidos elementos (e incluso con otros elementos del delito): así, de un lado, cabrá hallar ulteriores particularidades de la autoría en determinados tipos, v. gr., delitos especiales, delitos de medios limitados de ejecución, delitos de omisión; y, de otro lado, rebasado el aludido plano conceptual básico, cabrá hablar de una autoría dolosa y una autoría imprudente (con las características propias de cada una de ellas).

Eso sí, sentado el concepto restrictivo objetivo-formal de autor que aquí asumo, hay que llamar la atención a continuación acerca de cuál es el criterio de accesoriedad cualitativa que va anudado a la concepción significativa, a saber: la norma que sirve de referencia para el castigo de la participación (y para las actuaciones defensivas de terceros) es la norma que refleja la antijuridicidad material, o sea, la realización de un tipo de acción materialmente u objetivamente antijurídico, sin que deba tomarse en consideración la infracción de la norma personal de conducta (que se integra en el pretensión de ilicitud o antijuridicidad formal).

Y, con relación a este aspecto, debo llamar la atención acerca de la trascendental diferencia (apuntada ya por VIVES) que existe entre la sistemática que ofrece la concepción significativa, de un lado, y otras sistemáticas basadas también en la teoría objetivo-formal de la autoría, sean las concepciones tradicionales, sean incluso algunas concepciones modernas. En efecto, las sistemáticas tradicionales no extraían en el ámbito de la accesoriedad de la participación la consecuencia ineluctable que debe colegirse de la aludida premisa básica en materia de autoría, a saber: una concepción objetivo-formal

debe conducir a concebir la accesoriedad, no como una relación valorativa, sino como una *relación gramatical o lógica* (una conducta es accesorio porque se define como lógicamente dependiente de otra principal), en el sentido de que la participación sólo es lógica o gramaticalmente accesorio frente a la *realización de la acción típica*. En otras palabras, el criterio de accesoriedad que debe acogerse no es el de la accesoriedad limitada (que adoptaban los partidarios de la teoría objetivo-formal tradicional y siguen adoptando algunas concepciones modernas que se basan en la teoría objetivo-formal), sino el de la accesoriedad vinculada a un tipo de acción, relevante y ofensivo, o sea, la accesoriedad *mínima objetiva*.

Llegados a este punto, una vez que se ha asumido una perspectiva objetivo-formal como punto de partida para caracterizar la autoría, el interrogante inmediato que se plantea es el de averiguar si es posible recurrir a criterios adicionales *materiales* que permitan ofrecer un concepto *general* más depurado de autor.

Con respecto a ello, merece ser destacada en nuestra doctrina la vía restrictiva aportada por la aludida teoría de la *determinación objetiva y positiva del hecho*. Y es que, en realidad, conviene reiterar que esta teoría se asienta ya en una premisa objetivo-formal, en la medida en que parte de la base de que la autoría requiere la realización de acciones típicas, y sólo a partir de este presupuesto elabora el criterio *general* de índole *material*, válido para todas las formas de autoría, con el fin de tratar de delimitar *ex ante* (con un loable afán restrictivo), especialmente en los delitos puros de resultado, qué sujeto realiza el tipo, sobre la base de diferenciar en las aportaciones de los intervinientes aquellas que resulten determinantes para la realización típica (y, en consecuencia, las que la norma pretenda impedir con mayor perentoriedad o urgencia) de aquellas otras que simplemente suponen un apoyo, fomento o facilitación de las primeras.

Ahora bien, a esta teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho cabe oponer, con carácter general, la objeción de que, sin desconocer el esfuerzo por lograr un criterio material preciso y riguroso (mucho más perfecto, desde luego, que cualquier otro de índole material) y sin negar que conduce a un concepto más restrictivo de autor que el propuesto tradicionalmente desde las teorías objetivo-formales, lo cierto es que se trata de un criterio que siempre entrañará un margen de imprecisión, dado que, al partir de un concepto general de acción (acción en la que se presupone que hay una cualidad que permite hablar de control o dominio, al margen incluso de la conciencia y de la voluntad del sujeto), se encuentra con el obstáculo de la imposibilidad de reducir todas las acciones (*no descritas típicamente*) a una descripción conceptual abstracta con validez general. Por tanto, si bien dicha teoría proporciona un criterio exegético que podrá ser útil, en su caso, para caracterizar la autoría en los diferentes tipos de la Parte especial, lo que no cabe admitir es que tal criterio pueda ser objetivado *ex ante* como un concepto con validez general antepuesto a la interpretación derivada de los concretos tipos de acción definidos en la ley. De hecho, no deja de ser revelador que los partidarios de este criterio tan restrictivo de autor tengan como principal preocupación la de proporcionar una solución satisfactoria allí donde consideran que el enfoque objetivo-formal no permite ofrecer una delimitación precisa de la autoría, esto es, el caso de los delitos puros de resultado o tipos prohibitivos de causar. Sin embargo, desde el prisma de la concepción significativa, cabe argüir que este sedicente *vacío legal* no es sino la técnica de tipificación que resulta obligada en algunos casos ante la imposibilidad de describir la diversidad de conductas que pueden conducir, en la realidad, a la producción de un resultado. Por tanto, desde la perspectiva de dicha concepción el problema reside en que no puede recurrirse a un criterio doctrinal para delimitar *ex ante* objetivamente los procesos causales conducentes a un resultado y propios del autor. Y de ahí que resulte coherente con la concepción significativa el dato de que el CP español no ofrezca una definición legal que concrete qué es lo que deba entenderse por «realizar» o «ejecutar»: si no resulta posible formular un supraconcepto material y unitario de acción, tampoco será factible pergeñar un concepto material único de lo que sea *realizar o ejecutar una acción*; tales verbos, en fin, no son conceptos generales, sino meros referentes, carentes de contenido material alguno, cuya misión se circunscribe a señalar que el autor debe llevar a cabo una determinada conducta que se corresponde con el sentido derivado de un determinado tipo de acción.

Mención especial merece, en el seno de la teoría de la *determinación objetiva y positiva del hecho*, la contribución específica de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, quien ha añadido la nota distintiva de que dicha teoría debe completarse con la búsqueda de la *acción típica nuclear propia del autor*, que no puede ser ya «cualquier acción ejecutiva», sino solo «aquella en la que descansa el centro de gravedad del injusto del hecho» y que, por ello, posee mayor merecimiento y necesidad de pena.

Ciertamente, ante esta nota distintiva cabe objetar, por de pronto, que, si este criterio se concibe

como un criterio conceptual general material, tal criterio adicional carece de base legal en el CP español, a la vista de la antecitada identificación legal entre *realización* y *ejecución* del hecho y a la vista de que los únicos criterios materiales que ofrece el art. 28 CP son las referencias «por sí solos, conjuntamente o por medio de otro».

No obstante, otra cosa es que esta formulación de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO se conciba como un mero criterio exegético que remite siempre a la ulterior interpretación de los tipos de la Parte especial con el fin de averiguar en estos si es posible hablar de acciones nucleares o no, dado que entonces yo no tendría objeción conceptual sustancial alguna que efectuar, puesto que entre la tesis que aquí mantengo y la de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO habría una gran proximidad en las consecuencias (más allá del diverso punto metodológico de partida), sobre todo si se atiende a las matizaciones que ulteriormente ha introducido este penalista. Así se desprende de su afirmación de que su tesis remite a la interpretación de los tipos de la Parte especial que describen más de una acción típica para saber si todas ellas o sólo alguna o algunas son nucleares, o la afirmación de que su tesis no implica asegurar que en todas las ocasiones en que un tipo describe más de una acción haya acciones típicas nucleares, sino que simplemente se admite la posibilidad de que los criterios de interpretación generales, aplicados a los tipos de la Parte especial, hagan constatar que, en algún caso, la ley puede configurar una parte de la conducta como central y otra u otras como meramente instrumentales de ella (o sea, si los realiza una persona distinta al que realiza el núcleo de la conducta, como actos de participación en sentido estricto, cuya importancia --carácter esencial para el curso del acontecer típico-- es destacada expresamente por la ley, lo que va a conducir a que tal conducta de participación sea conminada, en el Derecho penal español, con la misma pena que corresponde a la autoría, por la vía de la cooperación necesaria).

En resumidas cuentas, conforme al presupuesto metodológico del que parte la concepción significativa, es preciso recordar que el lenguaje no posee un fundamento que determine el significado, en virtud de lo cual lo que da sentido a los signos lingüísticos que utilizamos es el uso que hacemos de ellos y no los conceptos e ideas que a través de ellos se expresan, los cuales son, por tanto, un producto del uso del lenguaje y no un fundamento de ese uso. Sentado lo expuesto, se comprenderá que el camino adecuado para fijar el significado de los términos típicos, y, por ende, para establecer quién realiza en cada caso la acción típica, es atender al uso del lenguaje en los casos (o tipos de casos) *concretos*, y no a través de la búsqueda de un sedicente término general o elemento común a todos los posibles significados (un pretendido concepto general material de autor, en el supuesto que nos ocupa), dado que con este último método se abandonan como irrelevantes los casos concretos, que son los únicos que pueden ayudar a comprender el uso del término general. En síntesis, el «núcleo duro» (en expresión de WITTGENSTEIN, según nos recuerda VIVES) que posibilita seguir una regla se concreta de caso en caso y constituye ya el presupuesto del significado. Si autoría es, en el sentido lógico-gramatical que aquí nos interesa, una categoría de la realización de la acción y si no existe un sentido general que pueda definir en todo caso el concepto de acción (ni el de causa, ni el de ejecución), sino una diversidad de conductas, de las que pueden extraerse sentidos concretos, tampoco podrá existir un concepto que, con carácter general, nos indique quién realiza dicho sentido. En suma, no puede haber un concepto general (material) de autor.

Por consiguiente, a partir de este postulado la delimitación del concepto de autor deberá llevarse a cabo merced a un proceso de *interpretación* de los diversos verbos típicos, conforme al uso común del lenguaje. Una vez aprehendido el sentido de las diferentes conductas que se describen en los tipos penales, podrá averiguarse quién es la persona que realiza el sentido de la acción, o, dicho con más precisión, quién es el sujeto que realiza, parcial o totalmente, el sustrato de la conducta (activa u omisiva) a la que quepa atribuir el significado del comportamiento que se describe en el tipo de acción contemplado en la ley. A tal efecto, como bien resume GÓRRIZ, habrá que partir de la zona indudable de significado del concreto tipo de acción de que se trate (si se quiere, de su núcleo), atendiendo al uso común de los términos del lenguaje y al contexto de uso en el que se aplican (y a la vista también del grado de ofensa al bien jurídico protegido y del plan del sujeto expresado en la acción), con el fin de determinar a partir de qué momento se da comienzo a la ejecución y quién realiza el sentido inherente a dicha ejecución, o sea, qué conductas más alejadas de dicho núcleo comparten también, en su caso, su significado.

Ahora bien, con respecto a ello, interesa añadir que, merced a la mencionada remisión a los verbos típicos de la Parte especial, podrá descubrirse si para la «realización» del tipo basta llevar a cabo la acción *descrita* en el verbo (realización en sentido estricto) o si se requiere llevar a cabo una conducta *adscrita* al verbo típico, aunque no se halle expresamente descrita por éste (realización en

sentido amplio): en ambos casos puede decirse que quien realiza la conducta típica ejecuta. De ahí que VIVES, modificando su posición inicial, haya rechazado que sea posible un concepto *genérico* de realización del tipo (del mismo modo que tampoco puede haber un supraconcepto de acción común a todas las acciones típicas), y haya podido hablar, en cambio, de un *entendimiento lingüístico* de la realización, que --según señalé más arriba-- comporta un concepto amplio de realización del hecho, conforme al cual la ejecución comienza antes del inicio de los actos consumativos.

En definitiva, y recapitulando, cabe decir que en los tipos puros de resultado la concepción significativa se aleja de la versión clásica de la teoría objetivo-formal, dado que se rechaza que pueda ser autor cualquier persona que lleva a cabo una conducta que causalmente influya en el resultado. Pero además, a mi juicio, también cabe concluir que en los delitos en los que la ley describe dos o más acciones típicas la condición de autor no tiene por qué adquirirse ya automáticamente con la realización de cualquiera de esas acciones típicas, puesto que podrá suceder que dicha realización no suponga todavía un principio de ejecución (de realización) del *hecho típico* (concebido en su sentido global).

Eso sí, la caracterización de la autoría no puede prescindir del añadido a la definición general que, a mayores, ofrece el art. 28 CP, en el sentido de que nos aclara (como algo previo a la Parte especial) que no solo es autor el autor inmediato y único, sino que también lo son el autor mediato y el coautor, a cuyo efecto establece unas pautas a partir de las cuales puede afirmarse que se ha realizado el hecho típico: en efecto, en la segunda parte de su definición el art. 28 continúa indicando que los autores realizan el hecho «por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento».

Como ya anticipé más arriba, se trata de unos criterios (o referencias) *materiales legales* que desarrollan el concepto de autor, expresando las diversas variantes a través de las cuales se puede realizar un concreto hecho típico descrito en la Parte especial, y que, *a contrario sensu*, obligan a descartar cualquier otro criterio material (extralegal) no expresamente previsto en la definición del art. 28, como, señaladamente, los basados en la idea del dominio del hecho o en la idea de la competencia.

En una línea de pensamiento identificable en lo sustancial con la que aquí se mantiene se ha pronunciado también DÍEZ-RIPOLLÉS. La diferencia (en principio, diferencia de matiz o meramente formal, según creo) con la concepción que aquí sustento reside en el dato de que, una vez que se ha acreditado la realización o ejecución del tipo específico de que se trate, de modo inmediato o por intermediarios, de forma total o parcial (esto es, el componente que DÍEZ-RIPOLLÉS denomina «acceso al tipo»), y llegado el momento de identificar los ulteriores criterios adicionales obtenidos de las reglas de interpretación jurídicas a partir de las específicas descripciones típicas, este penalista prefiere hablar de la exigencia de un *dominio objetivo del hecho* (de la producción del resultado o de la conclusión de la acción). Ello no obstante, esta expresión no es sino una fórmula conceptual que DÍEZ-RIPOLLÉS utiliza para designar el contenido del segundo componente de la autoría (esto es, el «control del suceso típico») y que luego concreta recurriendo fundamentalmente a los arts. 16.1 y 62 CP, que modulan lo que debe entenderse por actos ejecutivos y que permiten llegar a hablar de *peligrosidad objetiva del comportamiento*, o sea, de elementos de la acción en cuanto que *determinantes de cursos causales imputables objetivamente*.

Según indiqué más arriba, de acuerdo con las premisas metodológicas que he asumido, en lugar de hablar de «control del suceso típico» o de «dominio de producción del resultado o a la conclusión de la acción» (y por más que tal dominio se califique de «objetivo»), habría que emplear la expresión de *realización/ejecución del significado específico* del tipo penal de que se trate, para designar a este segundo componente de la autoría, una vez que se ha constatado, según el paradigma objetivo-formal, el primer componente de «acceso al tipo». Eso sí, ello no supone desconocer, según creo, que los criterios interpretativos concretos que deben emplearse para poder llegar a afirmar que la conducta del sujeto *adquiere el sentido propio de la autoría* (a los que aludí más arriba), son, en esencia, los mismos que utiliza DÍEZ-RIPOLLÉS para obtener la conclusión de que existe el *control objetivo del suceso típico*, lo que no implica, a su vez, obviamente, que la ulterior caracterización específica de cada uno de esos criterios tenga que poseer necesariamente el mismo contenido.

En cambio, y a diferencia de la posición de DÍEZ-RIPOLLÉS, desde la perspectiva de la concepción significativa nada más procede añadir aquí al concepto lógico-gramatical de autoría, integrado en el tipo de acción (en la pretensión de relevancia), concepto al que --insisto una vez más-- es ajena la constatación del dolo o la imprudencia. Y es que, en efecto, al básico concepto lógico-gramatical de autoría no pertenece la vertiente subjetiva de la infracción, integrada por el dolo o la imprudencia del

sujeto: la constatación de la infracción de la norma personal de conducta da lugar a un ulterior concepto de autor, que, presuponiendo todos los elementos del concepto lógico-gramatical, se escinde en dos clases de autoría de una conducta *ilícita*, sea dolosa sea imprudente, que se incardinan en la segunda pretensión de validez de la norma penal (la pretensión de ilicitud o antijuridicidad formal).

Así las cosas, si nos detenemos ahora brevemente en el examen particularizado de cada una de las formas de autoría que se describen en el art. 28 CP, podremos añadir algunas notas ulteriores para su caracterización.

En lo que concierne, en primer término, a la coautoría, cabe decir, de entrada, que, además del requisito *subjetivo* del acuerdo de voluntades, todos los coautores deben *realizar o ejecutar* el hecho, de acuerdo con los postulados de la concepción objetivo-formal más arriba apuntados y de acuerdo con el tenor literal del art. 28, que define la coautoría como «realización conjunta», expresión que, por lo demás, en modo alguno puede entenderse que va referida a los partícipes ejecutivos (como, sin embargo, ha sostenido, entre otros penalistas, GIMBERNAT).

Por tanto, desde el prisma de la concepción significativa (y con arreglo a la regulación del CP español) hay que rechazar todas aquellas tesis que, con variaciones de matiz, comparten la idea central de admitir la teoría del *dominio del hecho*, incluyendo la versión más restrictiva, según la primigenia formulación de ROXIN, que exige para la coautoría un denominado *dominio funcional del hecho*, que comporta añadir a los rasgos básicos de la idea del dominio del hecho el requisito de que la aportación del coautor se lleve a cabo en la fase ejecutiva. Y es que, en efecto, aun en esta versión más restrictiva, la caracterización de la autoría debe ser descartada porque incluye en el ámbito de la coautoría contribuciones que, si bien son simultáneas a la realización del hecho típico y esenciales para la comisión del delito, no revisten, por sí mismas, la cualidad de ser actos *ejecutivos*, sino que son contribuciones a la ejecución que realiza otro.

Aunque la idea del *dominio funcional* está bastante extendida en la doctrina española, por la influencia de la doctrina alemana (singularmente de ROXIN), no se ajusta a la regulación del vigente CP español, que, como indiqué, impone una exigencia objetivo-formal, no solo para la autoría sino también para la coautoría, a la vista del concepto integrado de autor, y que --añado ahora-- prevé, a diferencia del StGB alemán, la figura de la cooperación necesaria, que permite atender adecuadamente a la gravedad de la conducta de participación.

Por lo demás, desde la perspectiva de la concepción significativa, hay que agregar, a mayores, el dato de que la conducta típica efectivamente *realizada o ejecutada* por los diferentes coautores no puede ser fraccionada en contribuciones materiales e individualizables, sino que tiene que ser vista en su globalidad, como una conducta que se realiza *conjuntamente* por todos ellos, de tal modo que, así contemplada, comporta la realización del *sentido* que se desprende del específico tipo de acción de que se trate, determinación de sentido que cobra especial relieve en los delitos puramente resultativos, en los que --según se indicó-- el legislador no explicita los requisitos de acceso al tipo.

En lo que atañe a la autoría mediata, cabe precisar que, a la vista de la regulación del art. 28 CP, que introduce esta modalidad de autoría en el texto legal español, el autor mediato es un verdadero autor, que, indudablemente, *realiza o ejecuta* el hecho como propio, con la única particularidad de que para ello «se sirve de otra persona como instrumento». Pero, además, de dicha regulación cabe deducir que el autor mediato comienza ya a «realizar» o a «ejecutar» el tipo desde el instante en que empieza a ejercer su actuación sobre el instrumento, habida cuenta de que en ese momento empieza ya a «servirse de» otro, y, por tanto, lleva a cabo una acción de tentativa, siempre que, claro es, se constate en el autor mediato la intención de que el delito se consume. Por consiguiente, a partir de ese instante será factible, a mi juicio, castigar al partícipe que contribuya a la actividad instrumentalizadora del autor mediato.

Eso sí, al igual que sucedía en relación con el autor inmediato, será en el seno de la pretensión de ilicitud donde se determinará el contenido de la infracción de la norma personal de conducta y, en concreto, si el autor mediato obró con dolo o con imprudencia, puesto que para el concepto lógico-gramatical de autor mediato solo es imprescindible acreditar que este se sirve de otra persona como instrumento para realizar un hecho penalmente típico, sin que se exija componente subjetivo de ilicitud alguno: se trata, pues, del mismo concepto de autor (objetivo) que rige para el autor inmediato, y cuya presencia es la que, a mi juicio, abre ya la posibilidad de castigar a los partícipes que colaboran con la conducta del autor mediato.

Por su parte, el instrumento *también realiza el tipo*, concebido como tipo de acción, desde el momento en que comience a ejecutar el hecho típico y ofensivo para un bien penalmente protegido (y

aunque obre sin dolo), con la excepción, obviamente, del supuesto en que el instrumento lleve a cabo una conducta atípica y realice solo el sustrato material del tipo, algo que sucederá siempre en el caso de los delitos especiales (en los que el instrumento no puede realizar el tipo de acción en su totalidad por faltarle la cualidad especial para poder ser sujeto activo), así como en los tipos de acción que requieran un elemento subjetivo específico para caracterizar la propia acción (en los que cabe la posibilidad de que tal elemento concorra solo en la persona del autor mediato), o, en fin, en aquellos casos en los que la víctima del hecho delictivo sea el propio instrumento (y tal hecho no sea penalmente típico, si lo realiza la víctima). Por tanto, salvo en estos supuestos, el instrumento será también un autor en sentido lógico gramatical, y en la conducta que él realiza cabe asimismo una participación punible, aunque evidentemente nunca llegue a ser responsable del delito.

Por lo demás, conviene aclarar que, a mi juicio, la decisión acerca del contenido de la accesoriedad cualitativa, o sea, la decisión sobre cuál sea el nivel dogmático de implicación en el delito a partir del que quepa hablar ya de un *autor* y poder admitir el castigo de la participación, nada tiene que ver con la caracterización del instrumento, esto es, nada tiene que ver con la determinación de cuándo una persona puede considerarse instrumento al servicio de otra y, en concreto, a partir de qué nivel dogmático de implicación en el delito puede dejar ya de hablarse de instrumento y, consecuentemente, descartarse la presencia de un autor mediato, que pasaría entonces a ser partícipe. En síntesis, el concepto de autor en sentido lógico-gramatical no prejuzga el concepto de instrumento.

Sobre la interpretación en Derecho Penal

Iván Meini

Profesor Principal de Derecho Penal

Pontificia Universidad Católica del Perú

I. LA NECESIDAD DE INTERPRETAR Y EL ÁMBITO DE INTERPRETACIÓN

Si solo fuera necesario interpretar los textos jurídicos que carecieran de claridad o que permitieran dos o más lecturas, no habría necesidad de interpretar aquellos cuya redacción no ofrezcan dudas sobre su significado y alcances. Esta posibilidad, sin embargo, no es sostenible. Con excepción de los preceptos jurídicos que incorporan realidades sobre cuyo significado existe pleno consenso --y el

único caso, podría decirse, es el de los conceptos matemáticos--²⁹³, el resto de enunciados es pasible y necesitado de interpretación. No solo porque lo que para algunos resulta nítido o ambiguo para otros puede no serlo. También porque la claridad o imprecisión de un texto es algo que podrá predicarse después de haber sido interpretado. La interpretación de la ley es presupuesto de su

aplicación²⁹⁴. Y, dado que la ley penal desvalora, prohíbe y sanciona comportamientos que tienen

lugar en sociedad, y no hechos neutrales o sucesos o fenómenos naturales, quien interpreta la ley

penal no describe un hecho según reglas físicas, biológicas o químicas que, en el mejor de los casos,

ofrecen una explicación del proceso causal que ha producido el hecho. Quien interpreta una ley

asigna un significado al precepto legal sobre la base de reglas jurídicas.

En Derecho Penal, el desarrollo de la teoría de la interpretación ha estado vinculado al estudio de los preceptos de la Parte Especial que prevén delitos y penas y a su intento de identificar las normas de comportamiento y de sanción que subyacen a ellos. Limitar la interpretación de la ley penal a los preceptos de la Parte Especial se revela rápidamente como insuficiente. También se requiere conocer el significado de los preceptos de la Parte General que mencionan las categorías jurídicas que los jueces y fiscales (y en general los operadores del Derecho) emplean para atribuir y descargar de responsabilidad penal. Por lo general, el contenido de estos preceptos *no es definido* por la ley, sino por la doctrina y jurisprudencia. Sucede así, por ejemplo, con el dolo y la imprudencia, las distintas formas de autoría y de participación, la tentativa del delito, las distintas modalidades de error, las eximentes de responsabilidad penal y con la mayoría de las reglas para determinar judicialmente la pena. Es muy poco frecuente que los Códigos Penales definan estas y otras categorías que se emplean en la atribución de responsabilidad penal, pero ello no impide a las jueces aplicar la ley penal.

Que la ley penal omita con frecuencia definir las categorías jurídicas que regula y que no regule todas las categorías jurídicas que se emplean judicialmente para atribuir y descargar de responsabilidad (por ejemplo, riesgo típico, la imputación objetiva del resultado, el deber objetivo de cuidado) no debe extrañar. Esto solo demuestra que la actividad interpretativa, sobre todo la judicial, trasciende la interpretación de la ley penal, o, lo que es lo mismo, admite la interpretación *extra legem*.

Con motivo del libro homenaje a mi Maestro, Juan María Terradillos Basoco, me propongo reflexionar sobre si y hasta qué punto la interpretación de la ley penal, como acabo de insinuar, si

bien está inspirada por la ley penal, no se limita ni agota en ella. Me motiva, en particular, colocarme imaginariamente en los zapatos de mi maestro --y en los que calzaron otros grandes catedráticos de su generación-- cuando tuvieron que hacer Derecho Penal en una España que carecía de un marco constitucional que sirviera de referencia, límite o soporte. En ese contexto, el recurso a principios y valores parecería obligatorio e incluso el único camino. Tal vez hoy en día, aun cuando los Estados de Derecho cuenten con Constituciones Políticas y exista un completo marco normativo supra nacional en materia de derechos fundamentales, sea necesario seguir tal sendero. Una sociedad democrática y liberal que se organiza como Estado de Derecho apuesta decididamente por fomentar los ámbitos más amplios de libertad de las personas que se reconocen, todas, recíprocamente como seres iguales²⁹⁵. En pocas palabras: igualdad y libertad como principios y valores sociales, políticos y jurídicos que inspiran la aplicación del Derecho Penal, y con ello, la interpretación de la ley penal porque, adelantando la conclusión a la que llegaré, sobre ellos se erige la organización social, el Derecho y el Derecho Penal.

Una idea que puede contribuir a lo dicho en el párrafo anterior es que el sometimiento a la ley que impone el principio de legalidad sólo debería legitimarse en tanto la ley logre expresar un ejercicio razonable del poder. La autoridad del legislador para emitir leyes no se desprende únicamente de su estatus, ni de que haya sido elegido democráticamente. Tal legitimidad radica, especialmente, en el hecho que las leyes objetiven las reglas que rigen las relaciones sociales²⁹⁶. Esto tiene una consecuencia vital para la actividad interpretativa: la fidelidad que el intérprete ha de mantener es con los valores que inspiran la aplicación razonable del derecho. Valores como libertad e igualdad (y su derivado más inmediato, el libre desarrollo de la personalidad) que reclaman ser expresados mediante leyes jurídicas, pues solo así es posible calificar de razonable la aplicación del derecho. Y solo así puede ser impuesto y respetado un derecho que aspire a regular la convivencia social²⁹⁷.

II. Comunicación, interpretación y principios generales

El derecho, como todo mecanismo de comunicación, se vale de símbolos para transmitir mensajes normativos. La formulación de normas mediante el empleo del lenguaje corriente (que no es otra cosa que el empleo de determinados símbolos a los cuales se les asigna un significado) genera que lo que el legislador haya querido transmitir esté limitado por las incertidumbres propias del lenguaje²⁹⁸. Una de esas incertidumbres se refiere a las posibilidades, mayores o menores, que tiene el destinatario del mensaje de entenderlo. Ni siquiera siendo extremadamente cauteloso en la elección de los símbolos que se empleen para comunicar una idea se podrá estar seguro que la idea que se quiso comunicar sea la que el lenguaje ha logrado expresar ni que coincida con lo que el destinatario ha entendido. Así como el emisor del mensaje asume como válidos ciertos criterios que le permiten elegir las palabras que emplea en la formulación de su mensaje, así también el receptor está pre-condicionado para entenderlas según sus propios criterios. Un sistema jurídico que privilegia la escritura como lenguaje de comunicación normativa no es ajeno a esta realidad. Aun cuando se comparta la idea de que un lenguaje escrito alcanza altas cuotas de formalidad y que ello favorece la seguridad jurídica se deberá aceptar, sin embargo, que en comunicación no importa tanto lo que se emite como lo que se percibe. Así, las *reglas* que se emplean para asignarle un significado a los símbolos lingüísticos --que se reciben en forma de regulación jurídica-- condicionan la metodología de la interpretación y orientan sus resultados. En un Estado Constitucional de Derecho dichas reglas son los principios generales del derecho.

Lo anterior no solo deja de lado la interpretación subjetiva que indaga por la voluntad del legislador, sino que encuentra su razón de ser en la necesaria funcionalidad que ha de tener el sistema jurídico. Funcionalidad que se alcanza si la interpretación del derecho mantiene la coherencia con la razón del sistema jurídico. Algo que, por lo demás, al menos en el caso del Perú, exige el propio derecho formal cuando el art. 139.8 de la Constitución Política proclama «el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley», precisando que, «en tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y del derecho consuetudinario». No indagaré aquí y ahora sobre el papel que juega la costumbre en Derecho Penal, pero resulta claro que si los principios generales del derecho se aplican en aquellos ámbitos *no regulados* (es decir, colman lagunas) y en aquellos casos regulados de manera deficitaria (deficiencia de ley), es porque necesariamente han inspirado la ley que rige en los ámbitos regulados y en los ámbitos regulados con corrección. No otra cosa se deriva de la unidad y coherencia a la cual aspira todo sistema jurídico. Sería absurdo que las lagunas del derecho desconociesen la lógica con la cual se resuelven los supuestos legalmente previstos. Podría cuestionarse, sin embargo, que en Derecho Penal se necesite colmar alguna laguna pues ello

vulneraría el principio de legalidad cuando proclama que solo se puede sancionar por los hechos previstos como delitos en la ley. Pero desde la perspectiva que aquí se mantiene, debe antes rechazarse la existencia de las llamadas lagunas del derecho: si existe ya una regulación aplicable --principios generales-- que permite colmarlas, es porque no existe laguna ni vacío. Cuestión distinta es el método que ha de seguir el aplicador del derecho para interpretar la ley penal y aplicar principios generales a supuestos que *aparentemente* no se encuentran previstos por ley. Esta es una discusión que debe solventarse principalmente diferenciando la analogía de la interpretación. Con todo, lo que aquí interesa es que si los principios generales del derecho inspiran la regulación legal (penal), la interpretación que se haga de ella debe estar orientada hacia el respeto de dichos principios.

Trasladado lo anterior al ámbito del Derecho Penal: los comportamientos que contravienen la norma penal (comportamientos *típicos*) son supuestos *expresamente* regulados, y esa regulación comunica una valoración negativa al tratarse de supuestos lesivos o de riesgo para bienes jurídicos penales. Por su parte, la valoración jurídica que reciben los comportamientos *atípicos* es positiva, en el sentido de que al no lesionar o poner en riesgo bienes jurídicos penales pertenecen al ámbito de libertad jurídicamente garantizado: ¡los comportamientos atípicos son también supuestos de hecho regulados (positivamente) por los principios generales del derecho! Sostener que los comportamientos atípicos constituyen lagunas del derecho o supuestos no regulados jurídicamente pasa por alto que lo atípico presupone el *derecho* de actuar libremente y por tanto presupone una valoración jurídica.

Que los principios generales del derecho sean el *pre-juicio* que condiciona la interpretación de la ley penal (y de la ley en general) refuerza la tesis de que la actividad del intérprete, lejos de ser pasiva, es creativa. No aclara el sentido de la ley. Le atribuye uno. Y se condice además con el rol que le compete a la justicia como razón ética de la interpretación en un Estado de derecho. Si uno se pregunta luego por los concretos principios generales que ilustran la actividad interpretativa, debe reconocerse que muchos de ellos se encuentran ya recogidos por la gran mayoría de las constituciones modernas, como es el caso del libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, la libertad de pensamiento, etc. Otros, como ha sostenido el Tribunal Constitucional peruano ²⁹⁹, no obstante no estar expresamente previstos en el derecho formal, se infieren del marco constitucional y del modelo de Estado (se interpreta el marco constitucional y el modelo de Estado). Sucede así, para citar tres ejemplos conocidos, con el principio de proporcionalidad ³⁰⁰, la naturaleza de *ultima ratio* del Derecho Penal ³⁰¹ y el principio de culpabilidad ³⁰². Esta situación ha de ser vista como una razón más para afirmar que el intérprete no está vinculado al derecho positivo, sino a la expectativa de justicia que toda ley presupone ³⁰³.

Expectativa de justicia que, *grosso modo*, se sintetiza en el respeto a la libertad e igualdad, entendidas como constructos sociales que gozan de amplio reconocimiento en el actual estadio del pensamiento humano al ser parte del conjunto de valores generados en últimos siglos de evolución social. Son pues una *forma cultural* de concebir las relaciones de las personas en sociedad. Por tanto, con independencia de que se encuentren o no previstos por la ley, los postulados de libertad e igualdad, como todos los principios generales del derecho, existen y son vinculantes en Derecho.

Sobre esta base puede afirmarse que es el Juez quien produce las normas jurídicas dado que es su interpretación de la ley la que resuelve las controversias existentes. La ley, en este escenario, es una buena herramienta para orientar la solución de la controversia, pero no contiene todos los insumos que se requiere para darle respuesta. Piénsese tan solo en la forma en que las legislaciones penales tipifican el delito de homicidio («el que mata a otro» o «el que causa la muerte de otro»).

Es evidente que la ley penal no describe ni incorpora todos los elementos que se necesitan para saber si se ha cometido un *delito* de homicidio, pues, por ejemplo, no se pronuncia sobre el inicio o fin de la protección penal de la vida. De hecho --y esta es una afirmación aplicable a todos los delitos-- la determinación del bien jurídico protegido, de sus límites y presupuestos, es algo para lo que la ley penal se muestra insuficiente. Afirmar que en el homicidio se protege la vida y en el hurto el patrimonio no contribuye en nada a la determinación de qué ámbito de libertad se protege cuando el Derecho Penal prohíbe que la decisión sobre el plan vital o sobre el patrimonio la toma una persona distinta al titular de dichas libertades. Para ello será necesario siempre integrar la ley penal con el ordenamiento jurídico. No otra cosa se desprende del carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal. En este contexto conviene recordar la frase que se le atribuye a Mahoma: se puede dar una ley injusta a un Juez justo, pero no una ley justa a un juez injusto. Los preceptos jurídicos y en general las

disposiciones legales contendrían sólo normas presuntas ³⁰⁴ que han de ser explicitadas. Desde esta perspectiva, la validez de las normas depende de que el Juez dirija su poder decisorial hacia la realización de los fines del sistema jurídico.

Lo dicho hasta aquí sólo demuestra que la interpretación pretende una aplicación racional y justa de la ley, pero no responde a la interrogante de si es posible que el intérprete logre captar el grado exacto de justicia que demanda el caso al cual se enfrenta. Y como la elección de la interpretación *más justa* depende de las razones que se invoquen para demostrar su compatibilidad con los postulados de libertad e igualdad, y no de la autoridad de quien la formule, parece lógico que la argumentación desempeñe aquí un rol esencial. No se trata únicamente de reivindicar a la argumentación como sometimiento del poder al derecho (a la razón), o de exigir a los órganos públicos que justifiquen racionalmente sus actuaciones ³⁰⁵, sino, sobre todo, de que solo podrá admitirse como interpretación válida aquella que explicita las razones y motivos en cuya virtud se le otorga al texto legal un significado que realiza los fines constitucionales del Derecho en general y del Derecho Penal en especial ³⁰⁶.

Lo que conduce a la necesidad de motivar las decisiones judiciales. Motivación que, como principio de la Administración de Justicia propio de un Estado de Derecho, permite que las resoluciones judiciales sean oponibles, sus razones conocibles, y se favorezca así la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva ³⁰⁷.

III. INTERPRETACIÓN COMO ASIGNACIÓN DE UN SIGNIFICADO

A los argumentos ya mencionados a favor de la tesis que sostiene que la interpretación es la asignación de un sentido al texto legal (básicamente los argumentos vinculados a la naturaleza del proceso comunicativo del que se vale el derecho y a la transmisión de mensajes mediante símbolos y la captación del mensaje mediante la atribución de significados a los símbolos) cabe añadir las siguientes razones. Si la interpretación jurídica consistiera efectivamente en *asignarle* un sentido al precepto penal, sería posible emplear la ley penal en situaciones distintas a aquellas existentes al momento de su creación. Ello favorecería su vocación de permanencia en el tiempo y le permitiría dar respuesta a los distintos conflictos a pesar de los cambios sociales, pues se trataría siempre de que la ley actualice y explicita los principios generales del derecho ³⁰⁸, y de tener en cuenta la función que cumple el precepto legal en la protección del bien jurídico ³⁰⁹. Se trataría, en definitiva, de que la interpretación proponga lecturas racionales del precepto penal orientadas a los valores que la Constitución consagra y compatibles con la razón de ser del Derecho Penal.

Una de las consecuencias de admitir que la interpretación sea la asignación de un *sentido racional y justo* al texto legal, es que en algunas ocasiones la interpretación jurídica mostrará que el precepto penal no puede ser aplicado de manera racional y justa, y obligará a su inaplicación. Sucede así, por ejemplo, al menos desde la perspectiva que aquí se asume, con el delito de eutanasia que algunas legislaciones --como la peruana, art. 112 CP)-- mantienen. Si se asume que la razón de ser de la protección penal de la vida humana no es otro que garantizar que su titular no sufra intromisiones no autorizadas de terceras personas (incluido el Estado) que alteren el libre desarrollo de su personalidad, o lo que es lo mismo, que solo el titular decida sobre su vida o muerte (por eso el suicidio no se sanciona), y si se tiene en cuenta que en la eutanasia la decisión de morir es adoptada de manera libre, autónoma y responsable por el titular del bien jurídico, ésta, desde una perspectiva valorativa, se diferencia del suicidio sólo por la forma en que se ejecuta la decisión de morir. La aplicación del delito de eutanasia, incluso de manera restrictiva, contradice la razón misma de la protección penal de la vida. Esta forma de interpretación, orientada a valores constitucionales, privilegia la razón por la cual existe el Derecho Penal: garantizar y fomentar la libertad del sujeto y el libre desarrollo de su personalidad.

Lo dicho en los párrafos anteriores no debe ser tenido como un menosprecio al principio de legalidad. La relación entre interpretación de la ley penal y principio de legalidad es sumamente estrecha: si la legalidad tiene como función evitar la arbitrariedad estatal, parece lógico que el sentido que se atribuye a la ley penal mediante la interpretación jurídica sea uno racionalmente previsible según los valores del Estado social y democrático de derecho ³¹⁰. Pues es este modelo de organización social el que demanda que la ley penal promueva la libertad individual, y es ésta, la libertad individual, y su fomento, lo que justifica la existencia de la ley penal. Si a esto se le añade que el conocimiento del derecho positivo no es razón por la cual las personas se inhiben de cometer

delitos (es un hecho que la inmensa mayoría de personas no conocen el Código Penal), sino que en tal decisión confluyen una serie de factores, entre lo que destacan por un lado la eficacia del sistema de persecución criminal y los valores que cada persona considera justo defender ³¹¹ por otro, podría sostenerse que la legalidad debe estar en armonía con los valores sociales sobre los cuales se erige el sistema jurídico.

Se revela así una de las razones por las que la literalidad del precepto penal no constituye un límite de la interpretación: la convivencia pacífica que propone el Derecho Penal no puede estar supeditada a la habilidad lingüística con la que el legislador redacta los textos legales, sino a la racionalidad de las normas que en dichos textos se incorporan. Sólo así puede afirmarse que el principio de legalidad fomenta la seguridad jurídica, ya que lo racionalmente previsible lo es tanto para el ciudadano como para el Juez que impone la sanción. Ambos, ciudadano y Juez, se encuentran sujetos a la misma interpretación.

En todo caso, el *nullum poena sine lege stricta* tiene una mayor capacidad de rendimiento cuando se interpreta las consecuencias jurídicas del delito, pues no se admite que se imponga una pena o medida de seguridad no prevista previamente por la ley. En la interpretación del supuesto de hecho del precepto penal, por el contrario, se admite una lectura distinta del postulado de la ley estricta y la superación de la interpretación literal. La razón es la misma que impide crear una nueva consecuencia jurídica vía interpretación: se trata en ambos casos de dotar de sentido a la ley, pero, para decirlo con un ejemplo, una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, sólo admite ser determinada judicialmente como una pena de dos, tres o cuatro años. No así el comportamiento típico, que se refiere a toda una gama de posibles comportamientos idóneos para lesionar o poner en riesgo el bien jurídico, y no, como sucede con las consecuencias jurídicas, de posibilidades taxativas.

IV. Puesta en práctica

1. El telos como criterio primordial y la literalidad como dato accesorio

El significado que la interpretación teleológica postula está supeditado al fin (*telos*) que desempeña el enunciado a interpretar. Se trata, por consiguiente, de una interpretación valorativa, pues el precepto penal encuentra su razón de ser en la tutela de un bien jurídico (en el caso de los regulados en la Parte Especial) o en la regulación de criterios de imputación de responsabilidad penal y determinación de la pena (en la mayoría de casos de los de la Parte General). Como tal, reivindica la funcionalidad del precepto legal como parte de un orden homogéneo de valores ³¹², garantizando una aplicación racional de la ley y en consonancia con los fines del Derecho Penal. Fines que, al derivarse de la propia Constitución, conducen a una interpretación de los preceptos penales conforme a ella. La interpretación teleológica determina el *ámbito de protección de la norma penal*. Este criterio --que cumple una función clave en la determinación del comportamiento típico-- consiste en diferenciar un comportamiento jurídico-penalmente desaprobado de uno que no lo es.

Interpretar teleológicamente requiere conocer la razón de ser de la norma penal. Lo que se logra, en primer lugar, teniendo en claro que el Derecho Penal privilegia la protección de bienes jurídicos como mecanismo de fomento de la libertad, y, luego, ubicando al precepto penal en un sub-sistema penal concreto, es decir, relacionándolo con la protección de un determinado bien jurídico y haciéndolo funcional y racional hacia dicha protección ³¹³. La interpretación teleológica y la sistemática se encuentran estrechamente vinculadas: solo es posible identificar el fin que cumple el precepto penal si se le ubica en un determinado contexto valorativo. Por lo demás, la interpretación teleológica en Derecho Penal presupone respetar, sin excepción alguna, la libertad del titular del bien jurídico, lo que permite retomar una idea ya planteada y explorarla aún más. Se dijo antes que, llegado el caso, la interpretación jurídica debe estar en condiciones de denunciar la imposibilidad de darle una lectura racional al precepto legal y proponer su inaplicación. Introducida la libertad individual como criterio fundamental de interpretación teleológica es posible ahora sostener que nunca podrá imputarse responsabilidad penal por actos que el titular del bien jurídico haya admitido libremente.

La consecuencia más relevante de la interpretación teleológica, al menos según la concepción que aquí se defiende, y que puede derivarse de lo dicho hasta ahora, es que la literalidad del precepto no impone ningún límite a la interpretación ³¹⁴. Esta tesis ha sido admitida en alguna ocasión por la jurisprudencia: «dentro de la interpretación de la ley se ha superado la teoría de la interpretación gramatical o textual, para los fines de administrar justicia, donde debe primar la interpretación

teleológica y concordada de las leyes o dispositivos legales» (Exp. N. 251-98 Loreto Sala Penal «C» de 3 de agosto de 1998). Y es que, en efecto, si de lo que se trata es de que la decisión judicial asegure que la respuesta estatal al conflicto penal sea justa y en ella se expresen los principios generales del Derecho (de nuevo, aunque no solo, libertad e igualdad), la literalidad del supuesto de hecho de la ley penal contribuirá decididamente a identificar la razón que justifica la prohibición del comportamiento y su censura penal (el bien jurídico). Pero de ahí en adelante, los límites del comportamiento típico deben ser establecidos vía interpretación por las necesidades de protección de dicho bien jurídico en comparación a la necesidad de fomentar y tutelar la libertad de las personas. Expresado en pocas palabras, la interpretación, en este punto, debe asegurar una ponderación justa de libertades, pues, en definitiva, la libertad que se restringe a las personas cuando se tipifica un delito sirve para garantizar el libre ejercicio de la libertad de las personas.

Cuáles son las reglas y criterios para ponderar de la mejor manera posible las libertades a la que se hace referencia, no es algo que indique la ley penal. Aquí solo cabe invocar al principio de proporcionalidad.

2. Interpretación, analogía de la ley penal y analogía de la norma penal

Si se comparte lo dicho hasta aquí, o si, en todo caso, no parece tan descabellado lo afirmado, podría ensayarse una sutil diferencia entre interpretación de la ley penal y analogía de la ley penal: si se distingue entre *norma penal* como pauta de conducta preceptiva y *precepto penal* como conjunto de símbolos lingüísticos a interpretar para alcanzar la norma penal ³¹⁵, y se asume que la interpretación de la ley penal arroja como resultado la norma penal, podría sostenerse que la analogía que se prohíbe es la analogía de la norma penal y no la del precepto penal. El sentido del precepto penal ha de ser asignado empleando todos los mecanismos de interpretación e integración, incluida la analogía, que, para estos efectos, no es otra cosa que incorporar términos no previstos expresamente en el texto de la ley en el ejercicio interpretativo. Expresado ahora a modo de tesis: si el supuesto de hecho que se juzga se condice con la razón de ser de la norma penal (interpretación teleológica y sistemática de la ley) ha de ser subsumido en la ley y considerado un comportamiento típico, aun cuando contravenga el sentido literal del precepto legal e incluso cuando se trate de una analogía del precepto penal. Ésta, la analogía del precepto penal o la interpretación-analogía, no se prohibiría. Entre otras razones porque, al menos hasta donde soy capaz de observar, no es posible no incurrir en ella si se quiere interpretar teleológicamente la ley penal.

Lo que está vetado es incurrir en analogía de la norma penal. Esto es, aplicar la consecuencia jurídica del precepto penal a un supuesto de hecho que no se condice con la razón de ser de la ley penal.

El ejemplo con el que quisiera ilustrar lo dicho es el delito de prevaricato que se regula el art. 418 del Código Penal peruano en los siguientes términos: «El Juez o Fiscal que (...) cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas (...)». Cuando se indaga acerca de si los árbitros están comprendidos en el universo de posibles autores del delito, la literalidad del precepto contesta negativamente. Sin embargo, puede ensayarse otra respuesta: si los árbitros están legitimados por el Estado para resolver controversias jurídicas y sus decisiones tienen el valor de una sentencia judicial, es decir, si administran justicia, que el texto legal no los mencione expresamente no parece ser argumento suficiente para impedir que sean considerados sujetos activos. Tal interpretación literal, restrictiva, deja sin protección una parcela importante del bien jurídico y, lo que es más importante, desatiende a la norma penal que subyace al enunciado. En efecto, la interpretación que desde el bien jurídico se impone es que el *sentido o la razón de ser* del delito de prevaricato tiene que ver con reprochar y castigar los comportamientos que ahí se describen y que atentan contra la administración de justicia. La norma penal, en este caso, se dirige a todas las personas que tienen la posibilidad de administrar justicia a nombre del Estado y, al hacerlo, citan pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoyan en leyes supuestas o derogadas.

En esta línea, el vocablo «juez» debe ser interpretado para incluir en él no solo a los jueces que, en tanto funcionarios públicos, laboran en el Poder Judicial, sino también a los árbitros, puesto que el comportamiento típico puede ser realizado por todos ellos. Si a esto se le llama interpretación extensiva o interpretación-analogía, es algo anecdótico. Más relevante es llamar la atención sobre la necesidad de protección del bien jurídico. Distinto sería pretender aplicar el delito de prevaricato a quienes pueden dirimir controversias, pero sin que sus decisiones tengan calidad de sentencia. Por ejemplo, un empleador. Este sería un caso de analogía de la norma penal que se prohíbe.

V. Epílogo

En algunas ocasiones, cuando le presentaba el borrador de algún trabajo o conversábamos sobre Derecho penal, mi maestro, Juan Terradillos, luego de escucharme atentamente, me miraba

profundamente, me explicaba su punto de vista y me decía algo así como «no lo comparto, pero está bien, sigue». Hace pocas semanas, platicando sobre si los viáticos podrían ser objeto del delito de peculado, volvió a suceder. Nunca lo dijo con tono de reproche o censura. Nunca intentó imponer alguna idea. Por el contrario, desde que lo conocí, en Lima en 1995, con motivo de su primera visita a la capital del Perú, las palabras y gestos con que se ha dirigido se han orientado a estimularme en la investigación y docencia en la Universidad y a respetar la diversidad de pareceres. La única condición ha sido --y debe ser-- el respeto absoluto a las libertades y derechos de las personas y que el Derecho Penal debe ser tan mínimo y racional como sea posible en Estado de Derecho. Si bien es usual que estas condiciones sean pregonadas, no lo es tanto que se prediquen con el ejemplo, de manera coherente y a lo largo de tantos años de vida universitaria. Juan Terradillos lo ha hecho y lo hace.

Me gusta creer que ser discípulo de Juan Terradillos no se limita al dato formal de que haya sido él el director de una tesis de doctorado. Si bien es un lujo que así haya sido, la interpretación gramatical tiene que ceder, también aquí, como en el caso de la ley penal, frente al telos. Significa, al menos así lo siento, tener en Juan a un referente universitario, gozar de un aprendizaje permanente a su lado, y saber que, como maestro, siempre se puede contar con él.

NOTAS:

[1](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La investigación en el derecho penal», en *Lineamientos metodológicos para la investigación jurídica*, núm. I (2014), Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 7.

[2](#)Lo decía con meridiana claridad hace algunos años E. BORJA JIMÉNEZ: «La dogmática penal, en su afán de constante perfeccionamiento, de alcanzar un sistema cerrado capaz de responder a todos los problemas que plantean las instituciones penales desde el punto de vista de la lógica y de la coherencia interna, ha terminado contemplándose a sí misma. Ha pretendido, como dijo un famoso penalista, partir un pelo por la mitad y ha dejado de lado el aspecto humano del Derecho Penal. Los juristas, especialmente los penalistas, nos hemos preocupado tanto por el método, por la sistematización de las categorías, por su aptitud para encasillar perfectamente cada pieza en el complicado engranaje dogmático, que hemos olvidado los verdaderos fundamentos de todo ordenamiento jurídico. En esa búsqueda de la universalidad, de la irrefutabilidad, de la constatación lógica, para resolver problemas estrictamente humanos, hemos recurrido a los parámetros del pensamiento "cientifista". Y de tanto complicar nuestra disciplina, hemos sustituido el Derecho Penal de las garantías por el Derecho Penal del sistema. Y ya nadie nos entiende» --«Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del Derecho penal», *Nuevo Foro Penal*, núm. 62 (1999), p. 125.

[3](#)«La investigación en Derecho penal pretende dar respuesta sistemática a los numerosos problemas sin resolver en torno a la "cuestión penal", respuesta que es necesario traducir en la práctica mediante los procedimientos que resulten más adecuados, a fin de lograr los resultados apetecidos, cuya idoneidad debe ser testada continuamente. Y este sencillo esquema es tan aplicable a la investigación puramente dogmática, de la que se espera respuesta aplicativa (de los jueces) o legislativa (de los parlamentos), reflejada en resultados --sentencias o cambios normativos--, como a la investigación criminológica, que sale de las bibliotecas universitarias para, por ejemplo, entrar en las prisiones, analizar cómo se cumplen las penas privativas de libertad, valorar sus consecuencias y proponer alternativas, de mejora o de sustitución. De ahí la necesidad de plantearse la investigación desde perspectivas no asépticas: ser conscientes de la utilidad de la investigación obliga a decidirse sobre qué investigar y para qué hacerlo» --J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La investigación en el derecho penal», *cit.*, pp. 9-10.

[4](#)B. SCHÜNEMANN, «El propio sistema de la teoría del delito», *InDret*, núm. 1 (2008), p. 10.

[5](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La investigación en el derecho penal», *cit.*, p. 11.

[6](#)Razón por la cual han proliferado en los últimos tiempos las monografías «de urgencia», dedicadas a comentar siquiera de forma sucinta las principales novedades de la última reforma penal de turno.

La celeridad de los cambios legislativos en los últimos años ha adquirido tal calibre que resulta prácticamente imposible aprehender la relevancia y sentido de tales reformas sin acudir a estas utilísimas monografías. Sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse a título de ejemplo, como obras útiles a la hora de entender la trascendencia global de la última macro reforma emprendida en nuestro país, las de F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (dir.) y J. DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013; y G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

⁷De indudable importancia resulta en este contexto el Estatuto de Roma, adoptado el 17 de julio de 1998, que es el instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional (CPI). Sobre éste y otros Tribunales penales internacionales, véase por ejemplo G. WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

⁸La influencia de la mayoría de esos factores en la criminalidad actual fue objeto de debate en el 13º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en Doha del 12 al 19 de abril de 2015. Al respecto, véase el Documento *Formas nuevas y emergentes de delincuencia: Amenazas con que el mundo debe contar*(#sdfootnote9anc" _mce_href="#sdfootnote9anc" name="#sdfootnote9sym"9Al respecto, véase por ejemplo J. PÉREZ ARIAS, *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Madrid, Dykinson, 2014, *passim*.

¹⁰En sentido similar, J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La investigación en el derecho penal», *cit.*, pp. 16-17: «los cimientos deben responder a las necesidades del edificio final. Los mejores pivotes para asentar un edificio vanguardista en el centro de Tokyo quizá no sean idóneos para construir una serie de palafitos en el Amazonas. De ahí la necesidad de diseñar programas integrales de investigación que den sentido a cada una de sus fases y a cada uno de sus elementos, por más limitados o específicos que estos puedan resultar. Adquirirán sentido solo dentro del conjunto [.]. Los penalistas, se viene manteniendo tradicionalmente, investigan sobre el contenido de las leyes penales, pero una investigación vidente ha de dirigirse no a uno o unos pocos preceptos, sino a todo el Derecho --quiere decirse todo el conjunto normativo concernido-- y siempre en relación con los fines que la norma pretende. *No es útil la investigación que empuja a un subsistema en sentido contrario al sistema en que se inserta*».

¹¹Sobre dicho concepto, véase por ejemplo E. MORSELLI, «Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 48-1 (1995), pp. 265 y ss.; M. DURÁN MIGLIARDI, «Teorías absolutas de la pena: Origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho Penal actual», en *Revista de Filosofía*, 67 (2011), pp. 123 y ss.

¹²Por todos, véase L. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2010, *passim*.

¹³*Ibíd.*

¹⁴J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La investigación en el derecho penal», *cit.*, p. 17.

¹⁵J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La investigación en el derecho penal», *cit.*, p. 22.

¹⁶Sobre la evolución de tal expresión, véase por ejemplo E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 49 y ss.

¹⁷W. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 251.

¹⁸J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte general*, vol. I, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2004, p. 62.

[19](#)Cfr. F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general*, 8ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 140 y ss.

[20](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Proyecto docente*, Jerez, s/e, 1986, pp. 3-4.

[21](#)J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 160-161.

[22](#)De este modo, «el que quede convencido por la fundamentación de esa primera teoría, se adherirá a ella; el que no, o bien reducirá el ámbito de aplicación de la teoría por estimar que ha agrupado supuestos que no responden a las mismas características, o bien ampliará tal vez su alcance, dando entrada a nuevos casos de los que se piensa que deben recibir el mismo tratamiento que los primeramente agrupados, o bien establecerá una segunda teoría en virtud de la cual dará una nueva solución al grupo de casos dudosos, etc.» (E. GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1990, p. 159).

[23](#)Como señala E. GIMBERNAT ORDEIG, «el establecimiento de teorías permite que alguna de ellas pueda llegar a convertirse en dominante --sobre la base de la fuerza racional de convicción de su fundamentación--, y permite que de esta manera sepamos cuál es el tratamiento que recibe de hecho un grupo de casos, un tratamiento jurídico que tal vez sea falso, pero que ya conocemos (seguridad jurídica); también existe, pues, una seguridad jurídica basada en una opinión errónea, pero en cualquier caso es mejor que la inseguridad jurídica, pues ahí no sabemos siquiera qué es lo que sucede y, por ello, es mucho más difícil argumentar, percibir el alcance de la teoría y el razonamiento en que se basa, es posible controlar si se es consecuente con la teoría misma, si su aplicación a un caso concreto es, sobre la base de los presupuestos en que se apoya, correcta --por hallarse comprendido realmente dentro del sector que aquélla abarca-- o incorrecta --cuando se extiende a supuestos que caen fuera de su campo» («¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», *cit.*, p. 159).

[24](#)J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, *cit.*, pp. 171-172.

[25](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Proyecto docente*, *cit.*, pp. 5-6.

[26](#)F. MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, *passim*.

[27](#)En ese contexto, el enemigo es definido como no-persona, esto es, el «otro», a quien se excluye: «Es decir, aquel sujeto cuyos bienes, si son en cierto modo protegidos, desde luego no es por una razón de principio, esto es, porque sean suyos, sino por alguna razón pragmática, perfectamente susceptible de ser modificada» --J. M. SILVA SÁNCHEZ, «Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del *status personae*», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 09-01 (2007), p. 01:4--.

[28](#)M. CANCIO MELIÁ y G. JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003.

[29](#)Véase por ejemplo I. TÉBAR RUBIO-MANZANARES, «El "derecho penal del enemigo": de la teoría actual a la práctica represiva del "Nuevo Estado" franquista», en *Pasado y Memoria. Revista de Historia Contemporánea*, núm. 13 (2014), pp. 227 y ss.

[30](#)Al respecto, resultan especialmente ilustrativas las palabras de E. GIMBERNAT ORDEIG: «la diferencia entre disponer o no de una dogmática jurídicopenal desarrollada es la diferencia entre disponer de los mecanismos precisos para que la pena permanezca siempre bajo control y no sea aplicada más que en aquellos supuestos en que es verdaderamente necesaria para el mantenimiento de una convivencia social soportable, y perder el control sobre ese terrible medio de política social, pues la inseguridad conceptual incapacita, en primer lugar, para lograr formulaciones legales que abarquen todos y sólo los casos que se considera socialmente necesario reprimir, y trae consigo, en segundo lugar, que una vez puesto un tipo penal en el mundo inicie una marcha que se desconoce

adónde, por dónde y de qué manera va a llevar» («¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?», *cit.*, p. 160).

[31](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La Constitución penal. Los derechos de la libertad», en Capella Hernández (Coord.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Trotta, 2003, p. 357.

[32](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «El Derecho penal del Trabajo ¿una opción pertinente?», *Derecho Laboral, Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, nº 223, 2006, p. 510.

[33](#)A. GARCÍA-PABLOS, *Derecho penal. Introducción*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 1995, p. 389.

[34](#)J. L. Díez-Ripollés, *Política Criminal y Derecho Penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, 2013, p. 47.

[35](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Sobre el sentido de la enseñanza del Derecho Penal», *Lección inaugural del Acto de Apertura del curso académico 2005-2006 de la Universidad de Cádiz*, Inédito.

[36](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Teoría del delito. Nuevos planteamientos. Acción», en Terradillos Basoco/De la Cuesta Aguado (coord.), *Cuestiones fundamentales del Derecho penal*, Universidad de Cádiz, 1998, p. 12.

[37](#)N. GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Universidad Castilla La Mancha, 1996, p. 97.

[38](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *La culpabilidad*, Indepac, 2002, p. 33.

[39](#)Véase S. MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, 1994, p. 24.

[40](#)A. BARATTA, «Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», *Capítulo Criminológico*, nº 15, 1987, p. 534.

[41](#)B. SCHÜNEMANN, «La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal», *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Uned, 2001, p. 648.

[42](#)Como indica a este respecto F. MUÑOZ CONDE (*Derecho penal y Control social*, Universidad de Cádiz, 1985, p. 26), «la teoría sistémica representa una descripción aséptica y tecnocrática del modo de funcionamiento del sistema, pero no una valoración y mucho menos una crítica del sistema mismo».

[43](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal», *RFDUC*, nº 63, 1981 p. 134.

[44](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Proyecto docente inédito*, Jerez, 1986, pp. 10-11.

[45](#)S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosh, 1976, pp. 325 y ss. Ni siquiera Kelsen (Teoría pura del Derecho, 16ª ed., Centro Editor de América latina, 1969, p. 43) mantiene que el Derecho penal agote sus dimensiones ontológicas en un sistema de normas, llegando incluso a afirmar que, desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas.

[46](#)W. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, (trad. Muñoz Conde y Arroyo Zapatero), Bosh, 1984, pp. 34 y ss.

[47](#)J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosh, 1992, p. 94.

- [48A.](#) GARCÍA-PABLOS, *Derecho penal. Introducción*, cit., p. 398.
- [49A.](#) GARCÍA-PABLOS, *Derecho penal. Introducción*, cit., p. 393.
- [50A.](#) GARCÍA-PABLOS, *Derecho penal. Introducción*, cit., p. 410.
- [51E.](#) GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene futuro la dogmática del Derecho penal?», *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, 1990, p. 190.
- [52J.](#) M. TERRADILLOS BASOCO, «La Constitución penal. Los derechos de la libertad», cit., p. 363.
- [53F.](#) MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1985, p. 130.
- [54A.](#) GARCÍA-PABLOS, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 228.
- [55F.](#) MUÑOZ CONDE./M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 2010, p. 187.
- [56L.](#) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, Colex, 2001, p. 154.
- [57F.](#) MUÑOZ CONDE./M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 188.
- [58C.](#) ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, (trad., introducción y notas de Muñoz Conde), PPU, 1972, p. 77.
- [59F.](#) MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, cit. p. 124.
- [60](#)GARCÍA-PABLOS, A., *Manual de criminología*, cit., pp. 669-670.
- [61J.](#) M. TERRADILLOS BASOCO, «La Constitución penal. Los derechos de la libertad», cit., p. 363.
- [62](#)Véase A. BARATTA, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, México, 1986, pp. 167-169.
- [63](#)Véase por todos F. BRICOLA, «Partecipazione e giustizia penale: le azione a tutela degli interessi collectivi», *Questione criminale*, nº 1, 1976, pp. 7 y ss.
- [64J.](#) M. terradillos basoco, *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*, AKAL, 1981, p. 170.
- [65A.](#) baratta, «Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal», *Nuevo Foro Penal*, nº 34, 1986, p. 435.
- [66L.](#) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, cit., p. 154.
- [67](#)Para H. ZIPF (*Introducción a la política criminal*, EDERSA, 1979, p. 3), la política criminal «...es un sector objetivamente delimitado de la Política jurídica general: es la Política jurídica en el ámbito criminal».
- [68M.](#) DELMAS-MARTY, *Modelos actuales de política criminal*, Madrid, 1986, p. 19.
- [69L.](#) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, cit., p. 38.
- [70](#)Véase J. M. TERRADILLOS BASOCO, «El Derecho penal del Trabajo ¿una opción pertinente?», cit., p. 510.

[71A.](#) BARATTA, «La política criminal y el Derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales», *Capítulo Criminológico*, Vol. 26, nº 2, 1998 p. 37.

[72H.](#) ZIPF, *Introducción a la política criminal*, cit., p. 9.

[73A.](#) GARCÍA-PABLOS, *Derecho penal. Introducción*, cit., p. 404.

[74H.](#) ZIPF, *Introducción a la política criminal*, cit., pp. 4-5.

[75J.](#) M. TERRADILLOS BASOCO, *Proyecto docente*, cit., p. 19.

[76](#)*Ibidem*.

[77F.](#) BRICOLA, «Rapporti tra dommatica e politica criminale», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1988, p. 234.

[78L.](#) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, cit., p. 33.

[79J.](#) M. TERRADILLOS BASOCO, «La protección del Estado en el Proyecto de Código Penal de 1992», *Revista del Foro Canario*, nº 89, 1994, p. 233.

[80J.](#) M. TERRADILLOS BASOCO, «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», *Nuevo Foro Penal*, 87 (2016), p. 29.

[81](#)Estas reflexiones son uno de los productos que contiene los resultados finales de la investigación «*Posibilidades y límites de una perspectiva de injusto material en los delios que protegen bienes jurídicos colectivos en el ordenamiento penal colombiano*». Investigadora principal, Diana Patricia Arias Holguín. Este proyecto fue aprobado en la Convocatoria CODI de investigación en Ciencias Sociales Humanas y Artes, año 2012, de la Universidad de Antioquia.

[82J.](#) M. TERRADILLOS BASOCO, «El Derecho penal de la globalización: Luces y sombras», en J. R. Capella Hernández (Coord.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Madrid, CGPJ, 1999, p. 190; J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Globalización, Administrativización y expansión del Derecho penal económico», en S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo (Dirs.), *La política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004, pp. 238-240.

[83J.](#) M. TERRADILLOS BASOCO, «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», *Nuevo Foro Penal*, 87 (2016), p. 20.

[84J.](#) M. TERRADILLOS BASOCO, «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», cit., p. 36.

[85J.](#) M. TERRADILLOS BASOCO, «Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal, función simbólica de la pena», en J. Bustos Ramírez (Dir.). *Pena y Estado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda, 1995.

[86](#)Cierto que las lecturas funcionalistas pueden ser idóneas para comprender el funcionamiento real del derecho penal, para interpretarlo, pero no pueden ser válidamente utilizadas por el legislador propio de un sistema democrático, ya que reducen el derecho penal a la categoría de instrumento garante de la eficacia de las decisiones políticas tomadas por el ejecutivo. (...). Urge recortar la desmesura alcanzada por la función simbólica, reivindicando conceptos estrictos de bien jurídico. Si ello no se logra, será, como viene siendo, un mero difusor de ideología, cuando la única ideología que puede difundir el derecho penal democrático es la de la libertad pluralista, la de la mínima

intervención, manejando de estos un concepto estricto, con suficiente contenido material (J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal, función simbólica de la pena», *cit.*, p. 22).

[87](#)Esto en alusión específica al trabajo de R. GARGARELLA, *De la Justicia Penal a la Justicia Social (Parte I)*, Material de lectura del Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política. Borrador para discusión. [#sdfootnote88anc" _mce_href="#sdfootnote88anc" name="sdfootnote88sym"88](#)Centro Nacional de Memoria Histórica. Una nación desplazada: informe nacional del desplazamiento forzado en Colombia, Bogotá, CNMH - UARIV, 2015, p. 18.

[89](#)G. P. LOPERA MESA, M., «La parte alta del cerro es para los pequeños mineros. Sobre la vigencia de un régimen minero especial para Marmato y su influencia en la construcción de territorialidad», *Revista Derecho del Estado*, 35 (2015), p. 103.

[90](#)J. D. GONZÁLEZ, D. SALCEDO y L. RANGEL, *Impactos en los derechos humanos de la implementación del Tratado de libre comercio entre Colombia y Canadá*. Medellín, Escuela Nacional Sindical, 2011.

[91](#)J. A. BRANDARIZ GARCÍA, *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea*. Madrid, Dikison. 2014, pp. 137-158.

[92](#)Al respecto, B. de S. SANTOS, «La ley y la construcción de una economía global para la solidaridad», en B. de S. Santos y C. Rodríguez Garavito (Eds.). *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*. Cuajimalpa, Anthropos, 2007. Un ejemplo de estas tensiones en el caso colombiano en D. P. ARIAS HOLGUÍN, G. GALINDO DELGADO, H. LONDOÑO BERRIO, «A propósito de las funciones simbólicas del sistema penal en tiempos de globalización neoliberal», *cit.*

[93](#)L. A. BECERRA PARDO, «Propuestas para recuperar la gobernanza del sector minero colombiano» en L. J. Garay (Dir.), *Minería en Colombia. Fundamentos para superar el modelo extractivista. Vol. i* (pp. 9-21), Bogotá, D. C.: Contraloría General de la República de Colombia, 2013, p. 185.

[94](#)El cual, no obstante, ha sido objeto de control constitucional.

[95](#)G. P. LOPERA MESA, «La parte alta del cerro es para los pequeños mineros», *cit.*, pp. 133-134.

[96](#)D. P. ARIAS HOLGUÍN, G. GALINDO DELGADO, H. LONDOÑO BERRIO, «A propósito de las funciones simbólicas del sistema penal en tiempos de globalización neoliberal», *cit.*

[97](#)Respecto al análisis del art. 338 del CP que regula lo atinente a la explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales, ver L. ROJAS ESCOBAR. «¿Qué se protege realmente con la criminalización de la minería ilegal en Colombia?» *Derecho penal contemporáneo* 43 (2013), pp. 149-184. Respecto a los arts. 333 y 338 del CP, que se proyectan sobre el sector minero, ver B. M. GONZÁLEZ ALDANA y J. A. MORALES SIERRA, «Normatividad penal y minería sin el cumplimiento de requisitos legales», en L. J. Garay (Dir.), *Minería en Colombia. Daños Ecológicos y socio-económicos y consideraciones sobre un modelo minero alternativo*. Vol. III, Bogotá, Imprenta Nacional, 2013, pp. 449 y ss.

[98](#)G. GALINDO DELGADO, «*Derecho penal y Sur Global: la obstrucción a vías públicas (art. 353A Código penal) como ejemplo*». Medellín, texto aprobado para su publicación en el año 2016 en la *Revista Estudios de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (2017). Además, es uno de los productos finales de la investigación «*Posibilidades y límites de una perspectiva de injusto material en los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos en el ordenamiento penal colombiano*». Investigadora principal, D. P. Arias Holguín.

[99](#)L. J. GARAY, «Globalización/localización, soberanía y gobernanza. A propósito del cambio

climático y el extractivismo minero», en L. J. Garay (Dir.), *Minería en Colombia. Fundamentos para superar el modelo extractivista. Vol. i*, Bogotá, Contraloría General de la República de Colombia, 2013, p. 19.

[100](#)J. D. GONZÁLEZ, D. SALCEDO y L. RANGEL (2011). *Impactos en los derechos humanos*, cit., p. 105.

[101](#)R. GARGARELLA, *De la Justicia Penal a la Justicia Social...*, cit.

[102](#)G. P. LOPERA MESA y D. P. ARIAS HOLGUÍN, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, 2010, p. 148.

[103](#)R. ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, ed. Atelier, Barcelona, 2003, p. 22.

[104](#)R. ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión del deber?*, cit.

[105](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Función simbólica...», cit.

[106](#)R. ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión del deber?*, cit., p. 75.

[107](#)R. ALCÁCER GUIRAO, «La protección del futuro y los daños cumulativos», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LIV, 2001, Madrid, 2003, p. 156., p. 156.

[108](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Trotta, 1995, p. 57.

[109](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Peligro abstracto y garantías penales», *Nuevo Foro Penal*, n. 62 (1999), pp. 67-94.

[110](#)S. SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, 2003, pp. 283-284.

[111](#)Sobre los rasgos de estos dos modelos y el control constitucional, G. P. LOPERA MESA, *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*, Cuadernos de investigación n.º. 16 (2004), Medellín, Universidad de EAFIT.

[112](#)La obra de referencia para analizar todo este periodo es la de A. SERRANO GÓMEZ, en colaboración con A. SERRANO MAÍLLO, *Historia de la criminología en España*, Madrid: Dykinson, 2007. Véanse también, A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de Criminología*, 5ª edic. Valencia: Tirant, 2014, pp. 487-491; S. REDONDO ILLESCAS y V. GARRIDO GENOVÉS, *Principios de criminología*, 4ª edic, Valencia: Tirant, 2013, pp. 85-86, 99-103, 117-118.

[113](#)En el año 1955 se crea en esa Universidad la Escuela de criminología, que en 1963 se convertirá en Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona.

[114](#)En 1899 Francisco Giner de los Ríos, catedrático de filosofía del derecho, creó en la Universidad de Madrid el Laboratorio de Criminología, que impartió dos cursos entre 1899 y 1900, y publicó unos Anales. El Laboratorio parece vincularse más tarde a la cátedra de Antropología criminal de esa misma Universidad, creada en 1901, y que ocupa inicialmente Félix Aramburu Zuloaga: entre 1935 y 1936 se publican tres números de la revista Trabajos del Laboratorio de criminología, bajo la dirección de Quintiliano Saldaña, titular asimismo de la cátedra de Antropología criminal. La Escuela de criminología se crea en 1903, siendo su primer director Rafael Salillas Panzano, médico y criminólogo. Aunque dirigida fundamentalmente a formar al nivel superior de los funcionarios de prisiones, también admitía a estudiantes universitarios, estando constituido su profesorado mayoritariamente por catedráticos de la Universidad de Madrid. Impartía cursos de dos años. Se suprime a fines de 1926. En 1932 se crea el Instituto de estudios penales, bajo el impulso de Luis

Jiménez de Asúa y José Antón Oneca, catedráticos de derecho penal, dependiente del ministerio de Justicia, y que sus impulsores consideran descendiente de la Escuela de Criminología. Nace con el propósito de extender su formación más allá de los funcionarios de prisiones. En 1935 se suprime el Instituto de estudios penales y se restablece la Escuela de criminología, y en 1936 se vuelve a suprimir la Escuela y se restablece el Instituto. En 1940, tras la guerra civil, se crea la Escuela de estudios penitenciarios, y se declaran extinguidos la Escuela de criminología y el Instituto de estudios penales. Datos obtenidos en su mayoría de SERRANO GÓMEZ, *La historia de la criminología en España*, cit., pp. 449-481.

[115](#)En lo que resta del artículo la primera vez que se mencione a un profesor universitario interviniente en el proceso de implantación de los estudios oficiales de criminología se aludirá a la disciplina o rama disciplinaria a la que se vinculó inicialmente en su actividad académica, sin perjuicio de que más adelante concentrara, o no, parte o toda su actividad en el ámbito de la criminología.

[116](#)Esta última desaparece algunos años después de la creación del Instituto andaluz interuniversitario de Criminología (IAIC), que tenía una sección en la Universidad de Córdoba.

[117](#)Al decir del *Libro blanco sobre el título de grado en Criminología*, 2008, inédito, p. 26, España se encontraba a principios del siglo XXI a la cabeza de los países europeos en número de estudiantes de criminología en términos relativos, egresando en torno a 1.500 alumnos cada año de estos estudios no oficiales.

[118](#)Pueden verse sus reflexiones sobre cuál es el *status* disciplinar de la criminología, muy decantadas hacia la sociología, y sobre cómo configurar las enseñanzas oficiales de criminología, en E. LAMO DE ESPINOSA, «La enseñanza de la sociología de la desviación en España», en R. BERGALLI (coord.) *El derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica. Homenaje al Prof. Renato Treves*, Barcelona: PPU. 1989, pp. 291-317.

[119](#)Información obtenida de diversas fuentes personales. Se puede ver una clara insinuación de las dificultades encontradas y de su origen en E. LAMO DE ESPINOSA, «La enseñanza de la sociología de la desviación en España», cit., p. 316.

[120](#)La iniciativa tiene su origen en un largo debate que tiene lugar durante el consejo de instituto del IAIC que se celebra en Antequera el 24 de junio de 1996. Bajo el punto del orden del día «Reforzamiento del título» se comenta en primer lugar el contenido de un manifiesto firmado por varios miles de personas que piden la transformación de los estudios de criminología en estudios oficiales, no dependientes de los institutos de criminología, y con la cualidad de diplomatura a corto plazo y licenciatura a medio plazo. Tras ese debate el consejo de instituto acuerda poner en marcha ese proceso de transformación, entrar en contacto a tales efectos con el ministerio y organizar una reunión de todos los directores de institutos de criminología en Málaga o Sevilla en septiembre. Asisten a la sesión Juan Terradillos Basoco, José Luis Díez-Ripollés, Borja Mapelli Caffarena, Horacio Roldán Barbero, Octavio García Pérez, Isabel Martínez González, catedráticos, o profesores titulares los tres últimos, de derecho penal, Fernando Aguiar González, filósofo y profesor investigador del Instituto de estudios sociales avanzados --IESA-CSIC--, y Rosa Barberet Havican, profesora visitante de criminología. Los alumnos del IAIC ya habían hecho llegar demandas semejantes anteriormente, como consta en el acta del consejo de instituto del IAIC de 18 de diciembre de 1995.

[121](#)Confirmaron su asistencia, además de los directores de las diferentes secciones del IAIC (Borja Mapelli Caffarena --US--, José Luis Díez-Ripollés --UMA--, Juan Terradillos Basoco --UCA--, Horacio Roldán Barbero --UCO-- y José Antonio Sáenz Cantero --UGR--), Manuel Cobo del Rosal (UCM), Antonio Beristain Ipiña (UPV), Luis González Guitián (USC), José María Escrivá Gregori (UB), Bernardo del Rosal Blasco (UA), Enrique Orts Berenguer (UV) y Cristina Rechea Alberola (UCLM). Todos ellos catedráticos o profesores titulares de derecho penal, salvo la última, catedrática de psicología básica.

[122](#) Por su parte el IAIC crea ya una comisión en su seno para que vaya adelantando en la elaboración del plan de estudios, presidida por José Luis Díez-Ripollés y con representantes de las cinco secciones.

[123](#) La FACE se había manifestado en enero de ese año de 1997, en una reunión con José Luis Díez-Ripollés en Málaga, muy favorable a la creación de un título oficial de criminología, preferiblemente de diplomado, y también se manifestó por escrito en el mismo sentido.

[124](#) A ella sustituye en alguna reunión Andrea Giménez-Salinas Framis, profesora de derecho penal.

[125](#) La propuesta reflejaba el acuerdo mayoritario de la comisión.

[126](#) Esta asociación profesional, de acuerdo con la ESCCRI y la Sociedad canaria de Criminología, había presentado unilateralmente al Consejo de Universidades el 13 de junio de 1996 una propuesta de licenciatura en Criminología, con una duración de cuatro años, presentación que reitera a comienzos de 1997, y que tiene un escaso eco. En la reunión de Santiago de Compostela en ningún momento manifiestan su intención de retirar su plan de estudios, ya presentado, a favor del acabado de aprobar.

[127](#) Ya había tratado inicialmente el tema en una reunión de 30 de abril de 1998.

[128](#) Entre 1998 y 2001 los directores de instituto, singularmente el IAIC, realizan diversas gestiones ante los Rectores de la subcomisión urgiendo a que los trabajos se aceleren.

[129](#) Una descripción y evaluación de las enmiendas presentadas se encuentra en A. SERRANO GÓMEZ, A. SERRANO MAÍLLO, «La paradoja del descubrimiento de la criminología en España. Un capítulo», en J. L. DÍEZ-RIPOLLÉS, C. ROMEO CASABONA, L. GRACIA MARTÍN, J. F. HIGUERA GUIMERÁ, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, 2002, pp. 1615 y ss. Los autores de las enmiendas nacidas en el departamento de derecho penal de la UNED informan de que pese a ser remitidas al rectorado de su universidad y por este a la Secretaría del Consejo de universidades, finalmente no se incluyeron en la relación general de enmiendas que se remitieron por este a las universidades. Véase *Ibídem*, pp. 1623, 1644.

[130](#) Es de justicia destacar que en todo ese tiempo la FACE en especial ejerció una continua labor de presión sobre diferentes instancias ministeriales para que no se demorara más la aprobación del título.

[131](#) La pretensión de que determinados títulos propios se consideraran equivalentes a la licenciatura oficial de segundo ciclo en criminología acaba siendo desestimada por el ministerio.

[132](#) Las materias troncales incluidas en las directrices ministeriales son las mismas, y los descriptores de cada una de ellas prácticamente idénticos. Solo desaparecen de las directrices del ministerio dos asignaturas de Introducción a la psicología y a la sociología; además, dos materias troncales de derecho penal se refunden en una. Véase la propuesta aprobada por los directores de instituto y la FACE el 30 de mayo de 1997 en *Criminoticias*, nº 2, junio-septiembre 1997, p. 8.

[133](#) Hay corrección de errores en el BOE de 30 de diciembre de 2004.

[134](#) Inicialmente llegó a pensarse que el RD. 1272/2003, de 10 de octubre, de declaración de equivalencias de títulos españoles universitarios y no universitarios a títulos universitarios oficiales podría resultar de aplicación, pero finalmente quedó descartado.

[135](#) A partir del año 2006-2007 se cerró la posibilidad de implantar nuevas titulaciones, dada la inminente aplicación del Espacio europeo de educación superior, y la necesaria acomodación de todas las enseñanzas universitarias a sus previsiones.

[136](#)Este Consejo sustituyó al Consejo de universidades entre el 7 de diciembre de 2003 al 5 de diciembre de 2009.

[137](#)Acuden 21 directivos, de ellos 15 profesores de derecho penal, dos profesores de psicología, uno de criminología, otro de derecho administrativo, y dos representantes de la FACE.

[138](#)De ellos 19 son profesores de derecho penal, dos profesores de psicología, una profesora de criminología, y dos representantes de la FACE.

[139](#)Este real decreto fue posteriormente modificado por RD 861/2010, de 2 de julio.

[140](#)De ellos al menos 23 son profesores de derecho penal.

[141](#)La universidad del País Vasco informa de que ya ha presentado una propuesta de grado en Criminología basada en los contenidos del libro blanco.

[142](#)Se descarta la denominación Grado en Criminología y Seguridad, adoptada en el libro blanco, por estar condicionada su elección por las posibilidades de aceptación en ese momento, antes del RD de 2007, de los estudios oficiales de criminología por el ministerio.

[143](#)De ellos al menos 21 son profesores de derecho penal.

[144](#)Un mes antes, en enero de 2009, ya se había enviado otra carta de protesta firmada por los presidentes de la SEIC, Gonzalo Escobar Marulanda, y la FACE, Antonio García Chazarra.

[145](#)Aluden también a estos dos retos, S. REDONDO ILLESCAS y V. GARRIDO GENOVÉS, *Principios de criminología*, ob. cit. pp. 125-126,

[146](#)Catedrático de Psiquiatría y Psicología Médica (jubilado) de la Universidad Complutense de Madrid, Ex-Director del Departamento de Psiquiatría de la UCM, Ex-Jefe del Departamento de Psiquiatría del Hospital Universitario Gregorio Marañón. Fue médico Forense y médico de la Armada. Ha formado decenas de psiquiatras que en la actualidad ocupan puestos de responsabilidad en el ámbito asistencial y de gestión y que se dedican a la actividad pericial.

[147](#)MUÑOZ CONDE F. «La Imputabilidad desde el punto de vista médico-psiquiátrico y jurídico-penal». Curso Nacional de Psiquiatría Forense y Criminología. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Mérida. Junio 1988.

[148](#)CANO VALERO, J., Tesis Doctoral: Psiquiatría y Jurisprudencia Penal Española: Años 1977-78 versus 1987-88. [#sdfootnote149anc"](#) [_mce_href="#sdfootnote149anc" name="sdfootnote149sym"149TERRADILLOS BASOCO J., «El tratamiento jurídico penal de la enajenación», en Manuel Cobo del Rosal \(Dir.\), *Comentarios a la Legislación Penal*. Madrid, 1985.](#)

[150](#)TERRADILLOS BASOCO J., *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*. Ediciones Akal SA, Madrid 1981.

[151](#)Mi eterno agradecimiento a aquella mujer. Mi deficiente memoria para los nombres ha facilitado la injusticia de que desapareciera el suyo, pero no he olvidado su persona ni su inestimable ayuda.

[152](#)FOUCAULT, M., *La verdad y las Formas Jurídicas*. Editorial Gedisa 1986.

[153](#)MICHEL FOUCAULT, *opus cit.*, p. 22.

[154](#)ANSELM VON FEUERBACH, Gaspar Hauser, *Un delito contra el alma del hombre*. Asociación Española de Neuropsiquiatría. Historia. Madrid 1997.

[155](#)ANSELM VON FEUERBACH, *opus cit.*, p. 72.

[156](#)Presidido el Tribunal por el Profesor Romero Palanco, Rector entonces de la Universidad de Cádiz y catedrático de Medicina Legal, al que igualmente debo gratitud por su apoyo a mi trabajo y por la deferencia de haber estado presente en aquel momento. Lamentando su precoz e inesperado fallecimiento.

[157](#)<https://sites.google.com/a/campusvirtualepl.org/prueba-2/>

[158](#)OLIVA RUIZ, E., ROBLES GARCÍA, E., *La expresión de la Criminología Clínica a través de la pericial criminológica*, IC Editorial. 2017.

[159](#)DESCARTES, R., *Discurso del Método*. 2ª Parte.

[160](#)*Los que enseñaron a muchos la justicia, brillaran como estrellas por toda la eternidad*. Daniel XII, 3.

[161](#)El *Bundesverfassungsgericht* de 24 de septiembre de 2003, se pronunció sobre el derecho al uso del velo en lugares públicos en virtud del art. 33 abs 2 GG, (*BVerfGE* 108, 282), e interpretó que la prohibición lesionaba la libertad de pensamiento del art. 4 abs 1 y 2 GG, puesto que llevar el velo en la enseñanza no supone un peligro para los compañeros de clase.

[162](#)Sobre la imposibilidad de aplicar las causas de justificación de legítima defensa y estado de necesidad en los supuestos de conflicto cultural se ha pronunciado VALERIUS, estimando que es más probable que estos casos exista un error cultural del autor sobre el derecho a la legítima defensa o al estado de necesidad. Cfr. VALERIUS BRIAN, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*. Duncker Humblot, Berlin, 2011, pp. 14 y 146. Sin embargo, este autor no acepta la posibilidad de que se pueda infringir la norma penal en nombre de la religión o la libertad ideológica, por lo que se trata de comportamientos siempre antijurídicos. Cfr. VALERIUS BRIAN, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, cit., pp. 168 y 169.

[163](#)Cfr. ESCUDERO ALDAY, R., «Tensiones conceptuales en el liberalismo y en el multiculturalismo», en *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008, p. 47. En contra de esta idea, reacio en general a la admisión de un derecho penal intercultural, O. HÖFFE, *Derecho intercultural*, Gedisa, Barcelona, p. 155.

[164](#)En cumplimiento de esta disposición, véase, en el ámbito boliviano, art. 4.d. *Ley de Deslinde Jurisdiccional*, nº 073, de 29 de diciembre de 2010, que dispone que: «Al momento de administrar e impartir justicia, las autoridades de las distintas jurisdicciones reconocidas constitucionalmente deben tomar en cuenta las diferentes identidades culturales del Estado Plurinacional»; en este sentido, *Sentencia Constitucional Plurinacional 0037/ 2013, 4 de enero de 2013*. Sentencia C-882/11, T-371/13.

[165](#)Es la única forma de promover un diálogo intercultural en proceso judicial al que se está obligado por el Convenio 169.

[166](#)Con ello se garantiza la salvaguarda del bien jurídico afectado.

[167](#)Habrà que valorar si el acusado es «fiel a sus tradiciones y costumbres y su ancestro cultural incide notablemente en su comportamiento», extremo que se ha de acreditar a través de informes forenses antropológicos. Sentencia T-496 de 1996. El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del autor observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos. Debe valorarse la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a que pertenece (ST-Corte Constitucional colombiana 1294/2005, 7 de diciembre).

[168](#)Sobre el error de comprensión: Sentencia T-496 de 1996, C-370, 2002.

[169](#)En casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, «la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable». Sentencia C-370-02, de 14 de mayo de 2002. Igualmente, VALERIUS estima apreciable el error de prohibición en supuestos de diferencias culturales, así por ejemplo defiende la aplicación del parágrafo 17 en los casos de error del autor culturalmente condicionado sobre la legítima defensa. El error sería evitable cuando el autor tiene capacidad individual para poder llegar a tener conocimiento de que su conducta es contraria al derecho e invencible cuando en función de su capacidad no se exige un deber de información. Cfr. VALERIUS BRIAN, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, cit., p. 186. Más discutible es apreciar el error de prohibición en los casos de «dudas» sobre la ilicitud. Al respecto es interesante la decisión de la *Ag Grevenbroich* de 24 septiembre 1982, citada por VALERIUS. Relata el Tribunal el caso en el que un ciudadano turco privó de libertad a su mujer durante un periodo de tiempo que no constituía delito en su país de origen. Ibid, p. 191. Ahora bien, dice VALERIUS, el hecho de que no sea delito en su país supone exclusivamente un serio indicio de la existencia de un error de prohibición, no de que éste sea invencible ya que el sujeto pudo llegar a saber que la privación de libertad de sus mujeres es antijurídica. En efecto, la *Ag Grevenbroich* mantuvo la culpabilidad del autor, puesto que si dudó sobre la ilicitud es que pudo llegar a tener conocimiento de que tal comportamiento era contrario a los intereses de la esposa y, en consecuencia, un delito. Cfr. VALERIUS BRIAN, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, cit., p. 191. El Tribunal argumentó que mientras en Alemania se es sensible a la igualdad entre hombres y mujeres, el acusado permanece en una sociedad patriarcal. Por tanto, aunque las circunstancias indican que el acusado no pudo llegar a tener conocimiento del injusto, se considera que incurrió en un error de prohibición vencible ya que el principio de igualdad es base del sistema legal y, al llevar dos años en el país, se tenía que haber informado. Cfr. VALERIUS BRIAN, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, cit., p. 192.

[170](#)Este es el planteamiento de JAKOBS, G., cuando sustenta la tesis contractualista en materia de confrontación cultural en el sentido de quién quiere vivir libre debe aceptar las condiciones de esa libertad. Cfr. Recensión al libro «*Kultur und Strafrecht*», Valerius B, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, V. I, número 159, 2012, p. 50.

[171](#)Cfr. CEREZO MIR, J., «La regulación del error culturalmente condicionado en el Código penal peruano», en *Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2007, pp. 107-108. Por el contrario, como solución de *lege ferenda* propone que al sujeto que obra conforme a costumbres profundamente arraigadas en su comunidad o con arreglo a pautas de su culturano le sea exigible la obediencia al Derecho o la exigibilidad estaba considerablemente disminuida. Cfr, p. 108.

[172](#)Cfr. MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideología y modelos penales*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 266. Esta autora propone una especie de excusa absolutoria para supuestos caracterizados por su irrelevancia penal, lo que denomina causa de no punibilidad cultural para el autor del delito culturalmente motivado, excluyendo, por supuesto, las inmunidades fundamentales ya citadas. En realidad, lo fácil es negar la responsabilidad penal cuando no existe bien jurídico (bigamia, incesto, juegos de azar), fin de protección de la norma (tráfico de drogas con finalidad terapéutica) o se actúa en el ejercicio de un derecho (burka), *op. cit.*, p. 273, lo difícil es asumir la igualdad de las diferencias y desde ese plano graduar la responsabilidad.

[173](#)Cfr., TORRES FERNÁNDEZ, E., *Identidad, Creencias y Orden penal: la eximente cultural*, *AFDUAM* 17, 2013, p. 442.

[174](#)Cfr. ROCA DE AGAPITO, L., «Delitos culturalmente motivados», en *Delitos y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*. Atelier, Barcelona, 2014, p. 205.

[175](#)Cfr. MONGE FERNÁNDEZ, A. *El extranjero frente al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 113. Es deplorable la creciente tendencia doctrinal que identifica el Islam con determinadas versiones sesgadas del Corán elaboradas por suníes y chiíes (rechazando la pluralidad de opiniones sobre el dogma religioso) o con el comportamiento de los talibanes en Afganistán, Pakistán, respecto al adulterio, el asesinato de la mujer violada, la lapidación, etc. Tales medidas no forman parte de la cultura islámica, no sólo contradicen el espíritu de una de las religiones monoteístas más tolerantes que han existido sino que se oponen al contenido de la Carta Árabe de Derechos Humanos de 1994.

[176](#)Como excepción puede citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, 24 de octubre de 2011, ARP 2011\1248, que aplica un error de prohibición invencible en un supuesto en el que dos ciudadanos rumanos (etnia gitana) que previamente se habían conocido en Rumania cuando ella tenía 12 años y él 19, antes de cumplir ella los trece años mantuvieron relaciones sexuales consentidas. El Tribunal estima que, si bien llegó a España en 2001 y ha trabajado en la recogida de naranja, hasta que se lo dijeron en Servicios Sociales no sabía que era constitutivo de delito mantener relaciones sexuales con una menor de trece años. En concreto, dice textualmente: «De lo que se trata es de valorar si el sujeto, en el específico contexto de su comportamiento, disponía de indicadores que le avisaban de la eventualidad del carácter delictivo de su conducta. Al efecto no parece razonable una exacerbación objetiva en clave de inderogable exigencia del deber de examinar el propio deber según el Derecho. Como no es aceptable la laxitud de una absoluta subjetivización. Y de todo ello, aun sin que pueda hablarse de una deficiente socialización por parte del sujeto, que relegue la norma prohibitiva a espacios, para él, de exotismo normativo, se deriva, en el entender de este Tribunal, que, el procesado, dadas las circunstancias del hecho y las condiciones psicológicas y de cultura del infractor y la realidad social de acusado y víctima, los dos pertenecientes a una cultura en la que las relaciones de este tipo son permitidas y toleradas, no solamente estaba incurso en error, sino que ni siquiera tenía motivos objetivos para dudar y, por ello, tal error, ausente de todo aviso, era para él invencible».

[177](#)Uno de los autores que más ha cuestionado la solución del error de comprensión como error de prohibición, es TERRADILLOS BASOCO, J., al estimar que «desconoce las diferencias estructurales que median entre quien compartiendo la generalidad del ensamblaje valorativo-jurídico, yerra sobre un aspecto concreto del mismo y quien se rige por pautas culturales globales distintas». Cfr. «Culpabilidad y prevención: anotaciones desde el Derecho español», en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin*, ed. Lerner, Córdoba (Argentina), 2001, p. 248. Tampoco admiten aquí el error de prohibición directo, JERICÓ OJER, L., *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, p. 575; MONGE FERNÁNDEZ, A., que opta por el error de prohibición indirecto, descartando el directo, dado que actúa bajo la falsa convicción de estar amparado por una causa de justificación. *El extranjero frente al derecho penal*, cit., p. 112; C. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, aunque propone la atenuación de la pena como alternativa. Cfr. *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 199-209; a su vez, la SAP Teruel 26/2001 de 15 de noviembre, (ARP 2011, 1364) niega la posibilidad de integrar los supuestos de error de comprensión en el error de prohibición: «Lo determinante en el error de prohibición es el conocimiento de la antijuridicidad, no el reconocimiento de la antijuridicidad por un sujeto, esto es, que el sujeto conozca que su conducta es antijurídica, no que la acepta como antijurídica (sin perjuicio de que determinadas situaciones, como las que resultan de la objeción de conciencia o situaciones de colisión entre derechos, para los que el ordenamiento prevé alternativas, merezcan otras soluciones dogmáticas)». Igualmente se opone a la aplicación del error de prohibición, la SAP Barcelona (Tol 3794002), 13/05/2013, n. 42/2013, cuando afirma que: «La pertenencia de las personas a las que se atribuyen tales prácticas a etnias o grupos culturales con deficiencias de integración social y asunción del bagaje cultural y valorativo de las sociedades europeas obligan a una cuidadosa, sosegada y ponderada valoración de la culpabilidad, partiendo de la alusión contenida en la propia Exposición de Motivos de la norma en cuanto al carácter injustificable de tales prácticas y que con rotundidad se proclama la inviabilidad de cualquier intento de fundamentar la justificación de estos deleznable comportamientos, sin que ello cierre definitivamente el planteamiento en sede de culpabilidad de sus autores cuando se constate un claro y manifiesto aislamiento cultural y social, apuntando la posible aplicación de las reglas del error de prohibición del art. 14.3 del Código Penal, lo cual no cabe postular si lo que hay no es tanto un

déficit cognitivo, de conocimiento de la antijuricidad, sino una falta de reconocimiento o asunción interna del contenido valorativo de la norma».

[178](#)Cfr. ZAFFARONI, E. R., *Manual de Derecho penal. Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, 1999, p. 549. Se conceptúa el error de comprensión culturalmente condicionado --cuando el individuo se ha desarrollado en una cultura distinta de la nuestra y ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura-- como un caso de conciencia disidente. Cfr., *op. cit.*, p. 550.

[179](#)En contra, HÖFFE, descarta al extranjero realmente exótico ya que, a su juicio, sencillamente no existe en el Derecho y en el caso de que existiera se podría exigir de él con toda razón, el reconocimiento de los correspondientes delitos. Cfr. *Derecho penal intercultural*, *cit.*, p. 155.

[180](#)Cfr. HURTADO POZO, J., [#sdfootnote181anc" _mce_href="#sdfootnote181anc" name="sdfootnote181sym"181](#)ZAFFARONI contesta a esta crítica aludiendo a que el artículo 34, tercer párrafo, 1 del Código Penal, prevé una medida de seguridad, reclusión en establecimiento adecuado hasta que desaparezcan las condiciones que le hacen peligroso. Cfr. ZAFFARONI, E. R., *Manual de Derecho penal. Parte General*, *cit.*, p. 551.

[182](#)Aclara VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, que esta causa de inimputabilidad por diversidad sociocultural concurre cuando por factores de raza, cultura, creencias políticas, entorno social, etc, se realiza «una conducta típica y antijurídica en situaciones de incapacidad de libre motivación». Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Sexta Edición. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá, 2014, p. 557. Sobre este asunto, C. A. BECERRA BECERRA, «La jurisdicción especial indígena y el derecho penal en Colombia: Entre el pluralismo jurídico y la autonomía relativa», *Revista El Otro Derecho*, 35, 2006, pp. 213 y ss.

[183](#)Llegando a afirmar que declarar inimputable por identidad cultural --diversidad socio-cultural-- puede significar la criminalización de la comunidad cultural. Es una forma de explicar que el delito se ha cometido por el «supuesto mal que lo aqueja, que no es otro que su diversidad cultural». Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-370-02, de 14 de mayo de 2002. Por esa razón, la Corte estimó que la expresión inimputabilidad por «*diversidad sociocultural*» del artículo 33 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal, únicamente satisface los criterios de constitucionalidad cuando se dan dos requisitos: 1. Que la inimputabilidad no se derive de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente, y 2, que en casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, debe eximirse de responsabilidad y no recurrir a la inimputabilidad. Por el contrario, declaró inconstitucional el número 4º del artículo 69 y el artículo 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal relativo a las medidas de seguridad y concretamente a la reintegración al medio cultural propio. El Tribunal consideró que se afectaba el principio de igualdad ya que tal medida no podría aplicarse a un extranjero no integrante de una comunidad (esto es, un extranjero no indígena o que no se integra en un grupo con autoridad propia reconocida por el Estado) puesto que no se podría reintegrar a su medio cultural. En tales ocasiones, no podría aplicarse la inimputabilidad porque no cabe, por el motivo expuesto, la medida de seguridad prevista por la ley. Sin embargo, sí es factible el error de prohibición cuando desconozca la prohibición y no haya podido llegar a conocerla y tampoco puede aplicarse el error de prohibición ya que no está previsto expresamente sino en el contexto de la inimputabilidad. Al declarar constitucional el concepto de inimputabilidad por razón socio-cultural e inconstitucional la medida de seguridad consistente en la reintegración a la comunidad cultural, estamos en presencia de un caso de responsabilidad penal sin consecuencias penales por lo que el inimputable puede permanecer en el ámbito cultural oficial sin que se le aplique la medida de seguridad.

[184](#)Piénsese que, también en el plano penal, la Sentencia nº C-139/96, declaró inconstitucionales los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890, que limitaban la diversidad étnica y la identidad cultural y empleaban términos humillantes como «salvajes», «reducción a la civilización», «indígena incapaz relativo». Además, esta fue la primera sentencia que reconoció la plena autonomía indígena.

[185](#)Véase Sentencia de la Corte Constitucional C-370-02, de 14 de mayo de 2002.

[186](#)No hay, en sentido estricto, ninguna alteración de la percepción en quién posee una cultura diferente.

[187](#)TERRADILLOS BASOCO, «Culpabilidad y prevención», *cit.*, p. 248.Posición que vuelve a defender en «Culpabilidad-Responsabilidad», #sdfootnote188anc" _mce_href="#sdfootnote188anc" name="sdfootnote188sym"188Prohibición establecida en el artículo 4 de la Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad cultural (2002), art. 2.1 Convención de la ONU sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, de 20 de octubre de 2005; art. 8.2 Convenio 169 OIT.

[189](#)Un argumento contrario a la graduación de la responsabilidad del culturalmente diferente se encuentra en la regulación independiente de delitos culturales. Si ya carece de sentido tipificar como delito autónomo la ablación del clítoris, al ser una modalidad del delito de lesiones, como arrebato de imperialismo cultural (principio de justicia universal) debe tildarse la reforma sufrida por la Ley Orgánica del Poder Judicial --art. 23.4, apartado g)--, al otorgar competencia jurisdiccional a los Tribunales españoles para conocer de los delitos relativos a la mutilación genital femenina siempre y cuando los responsables se encuentren en España. Esa idea de no admitir la atenuación o exención de la responsabilidad del culturalmente diferente se refuerza en la Exposición de Motivos de la ley 3/2005, de 8 de julio por la que se modifica el artículo 243.4, apartado g) de la LOPJ. En la misma se afirma que el hecho de que la mutilación sea considerada como parte de la cultura de un determinado país no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los derechos humanos. Por su parte, la LO 1/2015 ha castigado en el artículo 172 bis, el delito de matrimonio forzado. Con relación a esta figura, MAQUEDA ABREU ha expuesto lo absurdo de su regulación expresa ya que los tipos genéricos de coacciones o amenazas cumplían suficientemente la función de protección del bien jurídico, y denuncia que la pretensión de la reforma es «visibilizar a determinadas minorías étnicas como trasgresoras de un código cultural hegemónico a través de un mensaje de intolerancia que es conscientemente discriminador y estigmatizante». Cfr., MAQUEDA ABREU, M. L., «El nuevo delito de matrimonio forzado: art. 172 bis CP», en *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Código penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 544, 546.

[190](#)En este sentido, podrían contrariar el art. 9 del Convenio OIT.

[191](#)Como reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 835/2012, de 31 octubre, «sin duda uno de los factores más acusados de la sociedad actual, también de la española, es el alto grado de interculturalidad que presenta como consecuencia de las fuertes corrientes migratorias», admitiendo la coexistencia de grupos que proceden de otras culturas y tienen ritos y prácticas muy diferentes a los de los países de acogida.

[192](#)Ello no puede ser excusa para elaborar una teoría del «error de prohibición fundado en los factores culturales a los que pertenece el sujeto» (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 835/2012 de 31 octubre).

[193](#)En una manifestación de intransigencia, minusvalorando determinadas tradiciones, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 835/2012 de 31 octubre afirma rotundamente: «La ablación del clítoris no es cultura». Del mismo modo, cabe reprochar la alusión de cultura atrasada que emplea la Sentencia del Tribunal Supremo nº 651/2010, de 24 de junio de 2010. E igualmente censurable es la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1461/2005, de 25 de noviembre de 2005, al señalar que aunque las mujeres eran aparentemente libres «*de países muy diferentes que arrastran unos miedos y creencias propias de esas culturas más atrasadas...*». Puede comprobarse el parecido razonable entre estas sentencias de los Tribunales españoles y los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890 de Colombia.

[194](#)No se puede hablar de un Derecho penal Intercultural sin respeto a la identidad cultural ni puede exigirse que interiorice un catálogo de valores contrario a su cultura. Cfr. ESCUDERO ALDAY, «Tensiones conceptuales en el liberalismo y en el multiculturalismo», *cit.*, p. 47.

[195](#)En homenaje al Profesor Juan M. Terradillos Basoco, Maestro de juventudes, amigo y generoso benefactor del penalismo peruano.

[196](#)Cfr. Jonathan Simón, *Gobernar a través del delito*, Gedisa Editorial, México, 2011, pp. 31 y ss.

[197](#)Cfr. Mariela Balbi. Entrevista a José Luis Pérez Guadalupe. *Diario El Comercio*, edición del 14 de junio de 2015, p. A6.

[198](#)Cfr. Considerandos del Decreto Supremo N° 083-2015-PCM del 4 de diciembre de 2015.

[199](#)Cfr. Tatjana Hörnle, *Teorías de la pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2015, pp. 37 y ss.

[200](#)Wilson Hernández Breña, «Inseguridad Ciudadana. Estado de Inteligencia», *Diario El Comercio*, edición del 18 de diciembre de 2015, p. A 32.

[201](#)Cfr. Tomás Miklos-Edgra Jiménez y Margarita Arroyo, *Prospectiva, gobernabilidad y riesgo político*, editorial Limusa, México D.F. 2016, pp. 34 y ss.

[202](#)Cfr. Loïc Wacquant. E a Questao Penal no Capitalismo Neoliberal. Editora Revan. Rio de Janeiro. 2012, pp. 11 y ss.

[203](#)Cfr. José Luis DíEZ-RIPOLLÉS, *La Política Criminal en la Encrucijada*, editorial B de F. Buenos Aires, 200, p. 192.

[204](#)Cfr. Jock Young, *El Vértigo de la Modernidad Tardía*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2012, p. 45.

[205](#)Cfr. René Van Swaaningen, «Revirtiendo el giro punitivo», *Revista Derecho Penal*, Año I. N° 1. 2012, p. 270.

[206](#)Cfr. José Ángel Brandariz García, *El Gobierno de la Penalidad. La Complejidad de la Política Criminal Contemporánea*, Dykinson. Madrid. 2014.

[207](#)Cfr. José Luis Díez-Ripollés, *Delitos y Penas en España*, Catarata, Org. Madrid. 2015, p. 10.

[208](#)Manuel Portero Henares, «Derecho penal, Criminología y política criminal en la era del punitivismo», *Revista Penal*, n° 40, julio 2017, p. 196.

[209](#)Instituto Nacional de Estadística e Informática. Victimización en el Perú. 2010-2014. INEI. Lima. Julio 2015, p. 145.

[210](#)Cfr. Lourdes Fernández-Paolo Rivas, La percepción de inseguridad aumenta de 73% a 90% en los últimos años. *Diario El Comercio*, edición del 23 de junio de 2015, p. A 8.

[211](#)Ídem. p. A 8.

[212](#)Cfr. Jearsineo Ray Yarlaqué Montero, «Precisiones cualitativas y cuantitativas del Decreto Legislativo N° 1243 que incorpora la inhabilitación perpetua», *Actualidad Penal*, n° 31, enero 2017, p. 16.

[213](#)La Globalización de la Inseguridad: Trabajo negro, dinero sucio y política informal. Editorial Paidós. Buenos Aires. 2008, p. 193.

[214](#)Cfr. Artículo único de la Ley 30650 del 19 de agosto de 2017.

[215](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de

determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 63 (1981), pp. 123 y ss.

[216](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal, Madrid, 1981, pp. 173 y ss.

[217](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit.*, pp. 136 y ss.

[218](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit.*, p. 130.

[219](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit.*, pp. 129 y ss.

[220](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit.*, pp. 133 y ss., especialmente 136 y ss.

[221](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit.*, p. 136, y el mismo, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, *cit.*, p. 173.

[222](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, *cit.*, p. 173.

[223](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit.*, p. 137.

[224](#)Aquellas en las que «el impulso natural no desarrolla ningún papel», de carácter cualitativo, y las que se satisfacen por acumulación, de carácter cuantitativo, J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit.*, p. 138.

[225](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit.*, p. 139.

[226](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit.*, pp. 138 y ss.

[227](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit.*, p. 140.

[228](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, *cit.*, p. 173.

[229](#)M. POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974, p. 31.

[230](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit.*, pp. 141, el mismo, «*Peligrosidad social y Estado de Derecho*», *cit.*, pp. 173 y ss.

[231](#)F. GONZÁLEZ VICÉN, «El neokantismo jurídico axiológico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, (1986), pp. 277 y s.

[232](#)F. GONZÁLEZ VICÉN, «El neokantismo jurídico axiológico», *cit.*, p. 278.

[233](#)F. GONZÁLEZ VICÉN, «El neokantismo jurídico axiológico», *cit.*, p. 278.

[234](#)F. GONZÁLEZ VICÉN, «El neokantismo jurídico axiológico», *cit.*, pp. 253 y ss.

[235](#)F. GONZÁLEZ VICÉN, «El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea», escrito de 1950, recogido en F. GONZÁLEZ VICÉN, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, p. 139.

[236](#)F. GONZÁLEZ VICÉN, «El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea», *cit.*, p. 140.

[237](#)Para el preciso desarrollo de estas cuestiones, F. GONZÁLEZ VICÉN, «El neokantismo jurídico axiológico», *cit.*, pp. 278 y ss.

[238](#)Ampliamente sobre ello, F. GONZÁLEZ VICÉN, «La obediencia al Derecho», escrito de 1979, recogido en F. GONZÁLEZ VICÉN, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho, *cit.*, pp. 365 y ss., en particular, pp. 386 y ss.

[239](#)F. GONZÁLEZ VICÉN, «El neokantismo jurídico axiológico», *cit.*, pp. 280 y ss.

[240](#)Ampliamente, F. GONZÁLEZ VICÉN, «La crítica de Marx a la Escuela histórica», escrito de 1981, recogido en «*De Kant a Marx (Estudio de historia de las ideas)*», Fernando Torres, ed., Valencia, 1984, p. 193.

[241](#)Ampliamente, F. GONZÁLEZ VICÉN, «La crítica de Marx a la Escuela histórica», escrito de 1981, recogido en «*De Kant a Marx (Estudio de historia de las ideas)*», *cit.*, p. 190.

[242](#)F. GONZÁLEZ VICÉN, «La crítica de Marx a la Escuela histórica», *cit.*, pp. 200 y ss.

[243](#)F. GONZÁLEZ VICÉN, «La obediencia al Derecho», *cit.*, p. 374.

[244](#)J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado de democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traduc. por Jiménez Redondo, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2008, p. 328.

[245](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit.*, pp. 141 y ss.

[246](#)Sin embargo, señalando el sentido deontológico de las normas y el sentido teleológico de los valores y los distintos papeles de derechos y valores en la lógica de la argumentación, J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado de democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, *cit.*, pp. 328 y ss.

[247](#)J. BUSTOS RAMÍREZ, «Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)», *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense*, Madrid, 11 (1986), pp. 155 y ss.

[248](#)R. ALEXY, «¿Derechos humanos sin metafísica?», traduc. por E. R. Soderó, *Doxa*, 30 (2007), pp. 243 y ss.

[249](#)A. HONNETH, *La lucha por el reconocimiento*, traduc. por M. Ballesteró, Crítica, Barcelona, 2008, pp. 208 y ss.

[250](#)M. E. RODRÍGUEZ PALOP, *La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2010, pp. 165 y ss., 174 y ss. y 176.

[251](#)M. E. RODRÍGUEZ PALOP, *La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación*, *cit.*, pp. 388 y ss.

[252](#)M. E. RODRÍGUEZ PALOP, *La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación*, cit., pp. 393 y ss., 398 y ss. y 400.

[253](#)J. VOGEL, «Legislación penal y ciencia del Derecho penal (Reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal)», traduc. por Sánchez Lázaro / Mutschke, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 11 (2003), pp. 255 y ss.

[254](#)R. ALEXY, «¿Derechos humanos sin metafísica?», cit., pp. 243 y ss.

[255](#)J. VOGEL, «Legislación penal y ciencia del Derecho penal (Reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal)», cit., p. 260.

[256](#)J. TERRADILLOS BASOCO, «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», en *Nuevo Foro Penal*, 87 (2016), p. 18.

[257](#)Cfr. J. O. SOTOMAYOR ACOSTA, «El deterioro de la función de garantía del derecho penal actual», en F. Velásquez et. al. (Eds.), *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro Homenaje a Nódier Agudelo Betancur*, Bogotá, Ibáñez y otros, 2013, pp. 330-360.

[258](#)L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Vol. 2, Madrid, Trotta, 2011, p. 360. También, J. O. SOTOMAYOR ACOSTA y F. L. TAMAYO ARBOLEDA, «La "nueva cuestión penal" y los retos de una ciencia penal garantista», en *Nuevo Foro Penal*, 82 (2014), pp. 176-177.

[259](#)Cfr. sobre el garantismo penal, L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995; el mismo, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, 2ª edición, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016. Es sin embargo en *Principia Iuris*, cit., Vols. 1 y 2, donde Ferrajoli construye con carácter general su teoría jurídica garantista.

[260](#)L. FERRAJOLI, *Principia Iuris*, cit., Vol. 1, pp. 3-64; el mismo, L. FERRAJOLI, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011), pp. 24-28; L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal*, Madrid, Iustel, 2011, 19-46; y M. GASCÓN ABELLÁN, «La teoría general del garantismo: rasgos principales», en M. Carbonell y P. Salazar (Editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2005, pp. 21-39.

[261](#)L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., pp. 331-338; L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal*, cit., p. 176.

[262](#)L. FERRAJOLI, «Constitucionalismo principialista...», cit., p. 21. En este sentido, el garantismo coincide con el sistema jurídico de los modernos Estados constitucionales de Derecho, los cuales se caracterizan por disponer de una Constitución rígida, con un amplio catálogo de principios (y en particular de derechos fundamentales) con fuerza normativa vinculante susceptible de producir efectos jurídicos por sí mismos, y cuya vigencia se encuentra garantizada por un órgano jurisdiccional. Sobre el proceso de constitucionalización, véase sobre todo a R. GUASTINI, «La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano», en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 49-73.

[263](#)L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal*, cit., p. 33.

[264](#)L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal*, cit., p. 24.

[265](#)L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., Vol. 1, pp. 497-502.

[266](#)L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., Vol. 1, p. 14.

[267](#)L. FERRAJOLI, *Principia iuris, cit.*, Vol. 1, pp. 15-19.

[268](#)L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal, cit.*, p. 38.

[269](#)Veáse, L. FERRAJOLI, *Principia iuris, cit.*, Vol. 1, p. 16; L. GIANFORMAGGIO, «Derecho y razón entre ser y deber ser», en L. Gianformaggio (editora), *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, Bogotá, Temis, 2008, pp. 15-41; y L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal, cit.*, pp. 40-41.

[270](#)L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal, cit.*, p. 20.

[271](#)L. FERRAJOLI, *Principia iuris, cit.*, Vol. 1, pp. 31-36. La imposibilidad de reducir el garantismo a otra teoría del derecho la ha destacado L. GIANFORMAGGIO, «Derecho y razón entre ser y deber ser», *cit.*, pp. 15-17.

[272](#)El garantismo ha dado lugar a un amplio debate, tanto por parte del positivismo tradicional como de las concepciones (neo) constitucionalistas que parten de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral; véase, entre otros, las diferentes contribuciones recogidas en: L. GIANFORMAGGIO, (Editora), *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, Bogotá, Temis, 2008; M. CARBONELL y P. SALAZAR (Editores), *Garantismo, cit.*; así como los números 31 (2008) y 34 (2011) de *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*.

[273](#)L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal, cit.*, pp. 20-21.

[274](#)L. FERRAJOLI, *Derecho y razón, cit.*, p. 885.

[275](#)L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal, cit.*, pp. 26-27.

[276](#)Cfr. L. J. ARIZA y M. ITURRALDE, *Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y en América Latina*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2011, pp. 18 y ss.

[277](#)L. FERRAJOLI, *Principia iuris, cit.*, Vol. 2, p. 365, en general, pp. 361-366; también, en *Il paradigma garantista, cit.*, pp. 237-252.

[278](#)Cfr. por ejemplo, E. GARZÓN VALDÉS, «Las funciones del derecho en América Latina», en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 204; E. GARCÍA MÉNDEZ, *Autoritarismo y control social (Argentina-Uruguay-Chile)*, Buenos Aires, Hammurabi, 1987, pp. 231 a 243; J. O. SOTOMAYOR ACOSTA, «Garantismo y derecho penal en Colombia», en J. O. Sotomayor Acosta (Coordinador), *Garantismo y derecho penal*, Bogotá, Temis, 2006, pp. 104-106; y M. GARCÍA VILLEGAS y C. RODRÍGUEZ, «Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos», en M. García Villegas y C. Rodríguez (Editores), *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, Ilsa, 2003; y H. L. LONDOÑO BERRÍO, *Sistemas punitivos y derechos humanos. El caso de la Comuna 13 de Medellín-Colombia*, Medellín, Universidad de Antioquia y Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2016, pp. 1-41.

[279](#)Un análisis crítico de tales enfoques, en M. GARCÍA VILLEGAS y C. RODRÍGUEZ, «Derecho y sociedad en América Latina...», *cit.*, p. 42. Esta perspectiva explica --al menos en parte-- la cantidad de reformas legislativas penales producidas en Colombia en los últimos años, como se ha mostrado en J. O. SOTOMAYOR ACOSTA, «Las reformas penales en Colombia: entra la ineficacia y el autoritarismo», en G. M. Gallego García y González Ordovás, M. J., *Conflicto armado interno, derechos humanos e impunidad*, Bogotá, Siglo del Hombre y otros, 2011, pp. 235-268.

[280](#)M. GARCÍA VILLEGAS y C. RODRÍGUEZ, «Derecho y sociedad en América Latina...», *cit.*, pp. 15 y ss.

[281](#)Por todos, H. L. LONDOÑO BERRÍO, *Sistemas punitivos y derechos humano, cit.*, pp. 1-41.

[282](#)Cfr. M. GARCÍA VILLEGAS y C. RODRÍGUEZ, «Derecho y sociedad en América Latina...», *cit.*, pp. 38-46. Como estos autores han puesto igualmente de manifiesto (pp. 27-37), un análisis riguroso del derecho en América Latina muestra que las mencionadas características se remontan hasta la época colonial misma, pues ya en el derecho indiano se podía apreciar una disociación entre las pretensiones del poder colonial y sus posibilidades concretas de realización, que dio lugar a la fórmula salomónica del «se acata pero no se cumple». Recuérdese además, para citar un solo ejemplo, que el art. 188 de la Constitución de Cúcuta de 1821 dio plena validez a las Leyes de Indias.

[283](#)M. GARCÍA VILLEGAS y C. RODRÍGUEZ, «Derecho y sociedad en América Latina...», *cit.*, pp. 42.

[284](#)Cfr. M. GARCÍA VILLEGAS (Director), *Normas de papel. La cultura jurídica del incumplimiento de reglas*, Bogotá, Siglo del Hombre y Dejusticia, 2009, en particular, pp. 237 y ss. Según explican M. GARCÍA VILLEGAS y C. RODRÍGUEZ, «Derecho y sociedad en América Latina...», *cit.*, p. 43, ello no excluye, claro está, que con dichas normas se alcancen otros objetivos no declarados, pero se quiere destacar que en estos casos se trata de reformas producidas *principalmente* «para establecer una comunicación legitimadora entre las instituciones, de un lado, y los actores del campo jurídico y los ciudadanos en general, del otro, más que para satisfacer sus objetivos instrumentales declarados».

[285](#)M. GARCÍA VILLEGAS y C. RODRÍGUEZ, «Derecho y sociedad en América Latina...», *cit.*, p. 43. Sobre la cultura de la emergencia y la excepcionalidad en Colombia, véase, entre otros, a W. F. PÉREZ TORO, A. L. VANEGAS YEPES y C. M. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Estado de derecho y sistema penal (la emergencia permanente de la reacción penal en Colombia)*, Medellín, Díké e Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, 1997, pp. 53 y ss.; y M. ITURRALDE, *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*, Bogotá, Siglo del Hombre y otros, 2010.

[286](#)Por todos, A. APONTE, *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Bogotá, Ibáñez, 2006, pp. 222 y ss.

[287](#)Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, *cit.*, Vol. 1, p. 40.

[288](#)N. BOBBIO, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993, p. 148.

[289](#)L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, *cit.*, Vol. 1, p. 29.

[290](#)L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, *cit.*, Vol. 1, p. 14; M. GASCÓN ABELLÁN, «La teoría general del garantismo», *cit.*, pp. 30-33.

[291](#)L. FERRAJOLI y D. ZOLO, *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*, Barcelona, Ediciones 2001, 1980, p. 74.

[292](#)Entre las innumerables y muy valiosas contribuciones que mi querido amigo Juan Terradillos ha aportado a nuestra disciplina cabe destacar su preocupación por la problemática relacionada con la autoría, presente en todos sus estudios sobre el Derecho penal económico y de la empresa y, en particular, en todos sus trabajos sobre concretas figuras delictivas de la Parte especial. Dicha preocupación se ha plasmado también en su dilatada y fructífera tarea de gran maestro de sucesivas generaciones de penalistas, entre las que cabe destacar, como excelente botón de muestra, la tesis doctoral que, dirigida por él, presentó Iván Meini en el año 2002 (publicada en 2003 por la editorial Tirant lo Blanch, con Prólogo de Juan Terradillos), ante un tribunal del que tuve la satisfacción de formar parte. Gracias, querido Juan, por tus enseñanzas y por tu amistad.

[293](#)A. Kaufmann. *Filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p.

[294](#)R. Guastini. *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Gascón/Carbonell, (trad.), Universidad

Nacional Autónoma de México, 1999, p. 5; H. H. Jescheck/T. Weigend. *Tratado de derecho penal: parte general*. Olmedo Cardenete (trad.). 5. ed., Editorial Comares, Granada, 2002, §17.III.1.

[295](#)Esta ha sido una proclama de Terradillos Basoco. *Vid.*, solo, J. Terradillos Basoco, Juan. «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 63 (1981), pp. 125-149.

[296](#)F. D'Agostino, *Filosofía del derecho*. Rodríguez Iturbe (tra.) Temis/Universidad de La Sabana, Bogotá, 2007, p. 13. Próximo, C. S. Nino, *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, p. 66.

[297](#)Así, STC 5007-2005 HC/TC, fundamento 8.

[298](#)En el mismo sentido, C. S. Nino, *Introducción*, *cit.*, p. 247. También la STC Exp. 2758-2004-HC/TC, fundamento 8.

[299](#)STC 2488-2002 HC/TC, fundamentos 11 y 12.

[300](#)STC 0010-2002 PI/TC, fundamento 140.

[301](#)STC 0012-2006 PI/TC, fundamento 32.

[302](#)STC 6712-2005 HC/TC, de 17 de octubre de 2005.

[303](#)Con referencias, cfr. D'Agostini, *Filosofía del derecho*, *cit.*, p. 155.

[304](#)A. Ross, *Sobre el derecho y justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 2005, pp. 34 y ss.

[305](#)M. Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Palestra, Lima, 2004, p. 17.

[306](#)Así las Sentencias del Tribunal Constitucional Español 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3 y 137/1997 de 21 de julio, FJ 7.

[307](#)En este sentido, las STC 6712-2005 HC/TC, fundamento 10, STC 00728-2008-PHC/TC, de 13 de octubre de 2008.

[308](#)En ese sentido, G. Hirsch, «La jurisdicción en el Estado de derecho: entre la sujeción a la ley y la interpretación cuasilegislativa» (trad. Fix-Fierro), *ADCL*, 14 (2008), p. 132.

[309](#)G. Fiandaca/ E. Musco, *Derecho penal. Parte general*. Niño (trad.), Bogotá, Editorial Temis, 2006, p. 31.

[310](#)Como ha sostenido el Tribunal Supremo (Sentencia 91/2009, de 20 de abril de 2009 FJ 6): «son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico --una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante-- o axiológico --una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional-- conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, *imprevisibles* para sus destinatarios». *Cursivas añadidas*. En igual sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4; y, 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4.

[311](#)P. H. Robinson, *Principios distributivos del derecho penal: a quién debe sancionarse y en qué medida*. Cancio Meliá/Ortiz de Urbina (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2012.

[312](#)G. Hirsch, «La jurisdicción en el Estado de derecho: entre la sujeción a la ley y la interpretación cuasilegislativa», *cit.*, p. 131.

[313](#)J-M. Silva Sánchez. «Sobre la "interpretación" teleológica en Derecho Penal», en García Conlledo/García Amado (eds.), Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 376 y ss.

[314](#)Así también, G. Hirsch, «La jurisdicción en el Estado de derecho: entre la sujeción a la ley y la interpretación cuasilegislativa» *cit.*, pp. 130 y ss. Esto es particularmente importante para la actividad jurisdiccional, pues los jueces tienen que resolver aun cuando la ley guarde silencio u ofrezca una respuesta equivocada.

[315](#)J-M. Silva Sánchez. «Sobre la "interpretación" teleológica en Derecho Penal», *cit.*, p. 312.

ÍNDICE:

I. ESTUDIOS DE PARTE GENERAL

1. La investigación en Derecho penal

Investigar en derecho penal: las enseñanzas de un Maestro

Esther Hava García

Hacia una dogmática jurídico penal como sistema abierto

María José Rodríguez Mesa

Contexto, interdisciplinariedad y dogmática penal

Diana Patricia Arias Holguín

La implantación de los estudios oficiales de criminología en España

José Luis Díez-Ripollés

Derecho Penal y Psiquiatría. De cómo una psiquiatra se aventuró por el mundo penal y criminológico siguiendo al Prof. Terradillos

Julia Cano Valero

Diversidad cultural y Derecho penal

Guillermo Portilla Contreras

Reformas penales y gobernar a través del delito: el caso peruano

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Bienes jurídicos, valores y derechos: satisfacción de necesidades y lucha por el reconocimiento

Mercedes Alonso Álamo

Derecho penal y utopía garantista: una visión latinoamericana

Juan Oberto Sotomayor Acosta

Notas básicas sobre la autoría a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP español): Autoría y significado específico del hecho

Carlos Martínez-Buján Pérez

Sobre la interpretación en Derecho Penal

Iván Meini

2. Evolución histórica de la Ciencia del Derecho penal

Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura

Francisco Muñoz Conde

Metamorfosis del Derecho penal del Estado de Derecho

Eduardo Demetrio Crespo

La Ilustración hispana frente al encierro punitivo: la obra de Lardizábal en su discípulo Joseph Marcos Gutiérrez

Alejandro W. Slokar

1917: La Constitución del Estado social y democrático de derecho en México

Luis Arroyo Zapatero

3. Constitución y ley penal: la imposible convergencia

Exigencias normativas de legitimidad en la ley penal. Constitución y teoría de la legislación penal

Gloria González Agudelo

Los tipos de omisión impropia y el principio de legalidad estricta

Luis Fernando Niño

4. Política y Derecho penal en Europa

¿El Brexit es un reto para la política criminal de la Unión Europea?

María Acale Sánchez

El proceso de integración penal europea

José Luis de la Cuesta Arzamendi

Cultura política de la UE y racionalidades penales nacionales: Reflexiones sobre la penalidad migratoria

José Ángel Brandariz García

El paradigma de la privación de libertad de solicitantes de protección internacional en Europa: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. el Derecho de la Unión Europea

Esther Pomares Cintas

Abusos de mercado y Derecho penal: España e Italia frente al impulso europeo

Adán Nieto Martín

Luigi Foffani

5. Peligrosidad social y Estado de Derecho

A vueltas con el Derecho penal de la peligrosidad

Rafael Rebollo Vargas

Los disfraces de la peligrosidad (la pena del delito común contra la propiedad)

Raúl Zaffaroni

Los «anormales» y su discriminación penal

Nicolás García Rivas

6. Consecuencias jurídicas del delito

¿Penas o medidas?: del garantismo a la confusión

Mercedes García Arán

El castigo de la delincuencia económica y el riesgo de derecho penal de autor

Gonzalo Quintero Olivares

Nuevas tendencias penológicas: hacia la penología del control

Borja Mapelli Caffarena

La prisión permanente revisable: crónica de una derogación anunciada

María del Mar Martín Aragón

7. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

El órgano de cumplimiento en la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: indefiniciones y precisiones

Norberto J. de la Mata Barranco

La conveniencia de la responsabilidad penal de los partidos políticos

Joan Baucells Lladós

Sobre las inconcebibles naturaleza y función penales y sancionatorias de las erróneamente denominadas «penas», medidas de seguridad «penales» u otra especie de sanciones «penales» aplicables a personas jurídicas

Luis Gracia Martín

8. Justicia penal de transición, impunidad y memoria

Ley de Amnistía. Cuarenta años después

Araceli Manjón-Cabeza Olmeda

II. ESTUDIOS DE PARTE ESPECIAL

1. El Derecho penal de la Globalización

Violencia e impunidad: Examen al Estado

Arturo Ventura Püschel

Francisco Javier Álvarez García

La violencia como elemento del delito de rebelión

Miriam Cugat Mauri

Delimitación de las modalidades de conducta en el delito de atentado: el significado de agredir, acometer y oponer resistencia

María del Mar Carrasco Andrino

Francisco Javier Álvarez García

Actualizar la prohibición del genocidio y las masacres

Ramón Sáez Valcárcel

Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de Derechos Humanos en el marco del Derecho penal internacional

Ana Isabel Pérez Cepeda

Derecho penal y exclusión social. El «top manta» en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial

Margarita Martínez Escamilla

La protección penal del crédito después de la crisis económica

Hernán Hormazábal Malarée

La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis. Análisis jurisprudencial

Juan Muñoz Sánchez

Regulación del cannabis: aportes político-criminales para la construcción de alternativas al modelo prohibicionista de control de las drogas

Diego Silva Forné

2. Corrupción

Corrupción pública en Latinoamérica

Fabián Luis Riquert

Crimen organizado, corrupción y responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú

José Ugaz S. M.

El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la Administración pública y por soborno transnacional en el debate parlamentario argentino de 2017

Carlos Julio Lascano

Delito de «cohecho electoral»

Lorenzo Morillas Cueva

«Rendición de cuentas y transparencia» como instrumentos de lucha contra la corrupción de los partidos políticos

M^a José Rodríguez Puerta

3. Derecho penal económico y de la empresa

La protección penal del consumidor digital

Luis Ramón Ruiz Rodríguez

El fantasma del administrador de hecho y otras cuestiones fundamentales en los delitos societarios

José Manuel Ríos Corbacho

Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal colombiano

Fernando Velásquez Velásquez

Valoración de la vigente tutela penal de la propiedad intelectual tras la reforma del Código de 2015

Luis Rodríguez Moro

La vigencia de la categoría delito de cuello blanco cuando los delitos socioeconómicos se comenten en contextos normalizados

Laura Zúñiga Rodríguez

Estafa y fraude de subvenciones: una revisión de sus relaciones concursales

M^a del Carmen Gómez Rivero

¿Nueva alternativa a la pena en materia penal tributaria y previsional en Argentina?

Marcelo A. Riquert

Delito de defraudación tributaria y blanqueo de capitales. Reflexiones en supuestos de regularización tributaria con efectos penales

Fermín Morales Prats

El paralelismo procedimental en la persecución del delito de defraudación tributaria

Juan Carlos Ferré Olivé

4. Delitos patrimoniales

A vuelta con el principio de proporcionalidad, de «non bis in idem» y la multirreincidencia en el delito de hurto: Análisis de la STS 481/2017, de 28 de junio

Carmen Salinero Alonso

5. Derecho penal del trabajo

Contextualizando el «Derecho Penal del Trabajo»

Antonio Baylos Grau

El empresario, principal sujeto obligado a garantizar un medio de trabajo seguro y saludable

Joaquín Aparicio Tovar

¿Existió alguna vez un verdadero Derecho penal del trabajo?

Manuel Jesús Dolz Lago
Derecho penal del trabajo en Colombia
Alfonso Cadavid Quintero
Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa?
Eduardo Ramón Ribas
Pesca ilegal y contratación de trabajadores extranjeros: la Sentencia Varepi
Inma Valeije Álvarez
Proxenetismo lucrativo: ¿una modalidad diferente de explotación laboral?
Beatriz Cruz Márquez
A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?

Ignacio F. Benítez Ortúzar
El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo
Fernando Navarro Cardoso
¿Se acabaron las mayorías absolutas parlamentarias! Una crónica política hacia la descriminalización del ejercicio del derecho de huelga
Rosario de Vicente Martínez
La conducta típica del delito de coacciones a la huelga (art. 315.3 CP)
Bárbara San Millán Fernández
La técnica de tipificación y su relación con la aplicación de los delitos que protegen la vida y la salud de los trabajadores
Cristina Méndez Rodríguez
Disfunciones del sistema judicial en el ámbito penal de la siniestralidad laboral
María Revelles Carrasco
La siniestralidad laboral como delito: consecuencias aplicativas
Rosa M. Gallardo García
Siniestralidad laboral y responsabilidad penal por delitos contra la vida o la salud cometidos en comisión por omisión imprudente en el ámbito empresarial

Carmen López Peregrín
La incidencia de la «nueva» imprudencia menos grave en la siniestralidad laboral
M^a José Cuenca García

6. El delito de inmigración ilegal y la trata de personas

El CP español como paradigma del Derecho de la «crimigración»
Diego Boza Martínez
Reconocimiento del derecho de asilo en España a mujeres víctimas de violencia de género
María del Rosario Gómez López
Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres humanos
María Luisa Maqueda Abreu

7. Protección penal del medio ambiente: luces y sombras

La red para la protección ambiental en el Código penal tras la reforma de 2015: los resultados típicos
Paz M. de la Cuesta Aguado
El medio ambiente y la necesidad de coordinación policial como medio de investigación
Antonio Vercher Noguera
Incertidumbre científica y certeza jurídica. La plasmación del Principio --medioambiental-- de precaución en Derecho penal
Mariana N. Solari Merlo
Protección penal del medio ambiente en la Unión Europea. Luces y sombras
Maria Marquès i Banqué
Compliance ambiental: aspectos esenciales, a la luz de la reforma penal de LO 1/2015, de 30 de marzo

Elena M. Górriz Royo

8. Ideología y valores religiosos en el Código Penal

Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados

Patricia Laurenzo Copello

9. Terrorismo y Derecho

El terrorismo global yihadista: ¿Límites a un derecho penal exagerado?

Juan Carlos Campo Moreno

Reflexiones sobre el terrorismo: del terrorismo nacional al terrorismo global

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

La dimensión política del terrorismo

Carmen Lamarca Pérez

Terrorismo: entre el derecho penal y la seguridad nacional

Antonio M. Díaz Fernández

Contraterrorismo

José L. González Cussac

Inteligencia y contrainteligencia en Chile. El monopolio de la violencia estatal frente al terrorismo y sus distorsiones

Myrna Villegas Díaz

Cristian Parada Bustamante

Reflexiones actuales sobre la lucha contra el terrorismo

Miguel Ángel Núñez Paz

Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal

María Luisa Cuerda Arnau

Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»

Juan Carlos Carbonell Mateu

Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos «Cesar Strawberry» y «Cassandra Vera»

Fernando Miró Llinares

De la prevención del blanqueo de capitales a la de la financiación del terrorismo

Patricia Faraldo Cabana

III. ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL

La reparación de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el Derecho Penal

Octavio García Pérez

Sobre los altos tribunales y la «mística» de la inmediatez

Perfecto Andrés Ibáñez

Audiencias tempranas y justicia restaurativa en el campo penal juvenil en Costa Rica

Álvaro Burgos

Documento TOL6.932.370

Doctrina

Título: LIBER AMICORUM. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco

Autores: [Lorenzo Morillas Cueva](#), [M^a José Rodríguez Puerta](#), [Fabián Luis Riquert](#), [José Ugaz S.M](#), [Carlos Julio Lascano](#)

Fecha: 11/2018

Número epígrafe: 10

Título epígrafe: Capítulo 10. Corrupción

TEXTO:

2. Corrupción

Corrupción pública en Latinoamérica

Fabián Luis Riquert

Catedrático de Práctica Profesional

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad Atlántida Argentina

I. LA CORRUPCIÓN EN LATINOAMÉRICA

La corrupción, más allá de la región o lugar del planeta que puntualicemos, del sistema político que se trate, o de la definición que intentemos desarrollar, se refiere al abuso del poder, y a la falta de controles. Así, los escándalos políticos se encuentran «democráticamente» diseminados por todo el planeta ¹.

Señala Lascano (h) que la corrupción pública es un fenómeno que apareció en todas las épocas y en todo modelo de estado con una dimensión patológica que involucra la totalidad del tejido social, pues difícilmente puede darse una corrupción de la administración pública de la que sea aséptico el sector privado, ya que ambos se encuentran indisolublemente ligados y sometidos a influencias recíprocas ². Pero si bien la corrupción pública se encuentra esparcida en la era de globalización, los efectos de ella resultan sustancialmente diferentes en los países «deslocalizados», como bien sostiene García Rivas ³, siendo esta última la versión «no amable» de la globalización y que soportan nuestros países. En estos últimos, el «costo» de la corrupción repercute en forma directa e inmediata en el nivel de vida de sus habitantes en un modo más profundo quitando derechos básicos que en los primeros «desarrollados».

Por ello es indispensable dentro del Estado democrático y social de derecho, la existencia de *controles horizontales y verticales*, más aún en Latinoamérica donde nuestros países se encuentran en vías de desarrollo, muchos de ellos como a principios del siglo XX sin agua potable ni cloacas, o dentro de un mismo país donde conviven dos realidades asimétricas: las grandes ciudades y las poblaciones ubicadas en la periferia.

Como forma de garantizar el control es necesario un pre requisito: la *transparencia* que constituye uno de los valores fundamentales en una república (publicidad de los actos de gobierno). Sólo se puede controlar lo que se conoce.

Señalan Cingunegui-Cincunegui, al establecer la relación entre poder y corrupción, que permitir la creación de polos de poder desmesurado es un consecuencia nefasta, y que como una solución plausible aparecen por un lado, el control y, por el otro, la participación social ⁴.

Coincido con Francisco Nieto en el sentido de no poder desarrollar en forma satisfactoria un concepto unívoco de la corrupción, dado que va a depender de las inclinaciones profesionales del analista u observador, la coyuntura de los países, las percepciones, los enfoques, las costumbres, los

procederes, los grados de desarrollo, los niveles de tolerancia e intolerancia, los presupuestos ideológicos, los principios y las prácticas, concluyendo el autor que en definitiva el concepto va a depender de cuestiones profundamente imbricadas en la subjetividad de la interacción individual y colectiva⁵.

Carlos Nino, agrupó las definiciones: a) centradas en su relación con la función pública (Bayley). Comprendiendo los casos de nombramientos de familiares o terceras personas por favores o compromisos anteriores (acomodos o ganchos); b) centradas en el mercado (Van Kleveren). En el cual el funcionario utiliza su posición de privilegio como una manera de hacer negocios, desapareciendo aquello de ser un servidor público; c) centradas en el interés público (Friedrich). Aquí el funcionario responsable es inducido, por incentivos monetarios o de otro carácter, a beneficiar a quien ofrece los incentivos y causa, por lo tanto, daño al público y sus intereses⁶.

Con acierto advierte Manfroni, al referir acerca de la conveniencia en evitar que el concepto se restrinja que sólo involucre los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración del Estado; pero por otro lado, que no se extienda tanto que involucre prácticamente todo pecado, ya que ello llevaría a la desnaturalización de la especificidad del problema⁷.

Teóricamente se explica que la corrupción sería una suerte de diferencia entre la corrupción *simbólica* y la *operacional*⁸ donde existe una superposición de las dos estructuras. Así, se ejemplifica con los códigos operacionales de la «mafia Siciliana». También se menciona la diferencia entre dos sistemas normativos; explica Arland: las *normas míticas*, que se supone que se aplica y que las élites alaban de la boca para afuera; y el *código práctico* que es el que se aplica en la realidad.

Unos utilizan la ética principista y los otros la utilitarista⁹. Desde el punto de vista acerca del mecanismo de funcionamiento de la corrupción, Alessandro Pizzorno menciona el *costo moral* como una variable, según explica Pegoraro al autor italiano, para corromperse de acuerdo a las ocasiones que el individuo se le presente. Explica Pizzorno que el coste moral (y por lo tanto la ocasión de corromperse) será para el actor tanto más bajo cuánto más débiles son las referencias a criterio morales de su círculo de pertenencia con respecto a la ley; lo que le preocupa es el juicio moral de los que están cerca de su grupo o círculo de pertenencia y no los extraños, como el estado o los ciudadanos¹⁰.

Históricamente desde América, resulta ilustrativa la referencia de la época de la colonia española realizada por García Hamilton, al revelar como se violaban sistemáticamente las normas que provenían de las autoridades de la metrópolis. Señalaba que Hernán Cortés, cuando la Junta de Valladolid le ordenó que no hiciera reparticiones de indios, alzó la Real Cédula de 1523 sobre su cabeza en signo de acatamiento y dijo «*se acata, pero no se cumple*»¹¹.

Modernamente se sostiene que la estatización de los servicios públicos, como luego las sucesivas dictaduras o golpes de estado en la región, fueron factores que aumentaron la corrupción estatal. A partir de la década del ochenta comenzaron en América Latina las transiciones democráticas¹², entonces apareció como justificación del sistema la corrupción¹³. Concluido el romance de la ciudadanía con los primeros años de democracia --que en modo alguno debe ser rechazado sino todo lo contrario, reforzado-- al notar que su nivel de vida decaía y que los gobernantes traicionaban ese «contrato social», renace casi cíclicamente el descontento general, la falta de credibilidad de los partidos políticos, de las instituciones, transformándose la corrupción en una suerte de pandemia que abarca todos los sectores, incluso hasta en aquellos donde se deciden en forma ínfima alguna cuestión de interés público.

Desde el punto de vista criminológico Vincenzo Ruggiero reflexiona acerca de la corrupción señalando que se trata de un delito sin víctimas, y no como algunos autores sostienen que son entidades abstractas como el desarrollo, la competencia limpia, y la inversión productiva. Afirmar que un aspecto importante de la victimización es la «mercantilización de los derechos», explicando que la transformación de bienes no transables en mercancía distorsiona la justicia social. Relacionado con la administración de justicia indica que se convierte en algo envuelto en arbitrariedades, caridad, autoridad ocular, en definitiva la justicia del Cádiz¹⁴.

Producto de este estado de situación deriva en la crisis del sistema democrático. Problemática que fue abordada por numerosos autores, sólo haré mención a Ferrajoli quien diferencia a la *democracia sustancial o social* y la *formal o política*¹⁵.

II. CORRUPCIÓN Y DESARROLLO (BREVE APROXIMACIÓN)

Carlos Strasser relaciona ambos conceptos y los vincula con la *democracia limitada en función de su precariedad*. Señala que «fuera de los países más desarrollados muy grandes sectores de la población apenas tienen una condición ciudadana auténtica, es decir, en términos políticos de verdad democráticos se encuentran discapacitados, no gozan de la cantidad y calidad de educación, información, autonomía mínima, etc., necesarias»¹⁶. También es conocida la postura de Guillermo O'Donnell acerca de las democracias en Latinoamérica como de «*baja intensidad*».

La precariedad a la que estos autores hacen referencia se observa en datos estadísticos de la región, que si bien informan que los índices de pobreza disminuyeron con relación a la década del noventa¹⁷, luego se produce un estancamiento a partir del año 2011. Así, surge del informe de la CEPAL del año 2014¹⁸ donde ilustra acerca de la realidad en América Latina, y concluye que la pobreza sigue siendo estructural en nuestro continente.

Algunos datos significativos del año 2014¹⁹: el 28% de la población es pobre (167 millones de personas)²⁰; mientras que el 12% es indigente o con pobreza extrema (71 millones de personas).

Con relación a la Argentina, el último dato suministrado por nuestro país al organismo era del año 2012 donde se informaba el 4,3% de pobreza y el 1,7% de indigencia. Sin embargo, con el cambio de gobierno, se sinceraron las cifras del INDEC y respecto al segundo semestre del 2016 el 30,3% de la población está en la línea de pobreza mientras que el 6,1% se ubica en la indigencia. Durante el primer semestre del año 2017 disminuyó la pobreza a 28,6% y la indigencia se mantuvo en el mismo número^{21 22}.

Completando este estado de situación, la «Encuesta Permanente de Hogares 2016» realizada por UNICEF informó que en el último trimestre de ese año existen en Argentina 5,6 millones de niños pobres lo que representa que de ese 30% total de población que se encuentra en la línea de pobreza, el 47% resultan ser niños y adolescentes. También se observó que ha crecido la brecha entre ricos y pobres, ascendiendo al 2'500%.

Por su parte el Índice de Percepción de la Corrupción del año 2015 realizado por Transparency International sobre 168 países²³, da cuenta que en los países con más alto puntaje (de 91 a 87) se encuentran los desarrollados: Dinamarca, Finlandia, Suecia, Nueva Zelanda y Noruega²⁴; mientras que los países latinoamericanos en general se encuentran por debajo de la media (menos de 50 puntos), siendo los mejores ubicados en la región con el puesto 21 Uruguay (74 puntos) y el 23 Chile (70 puntos). Por su parte el que más puestos ha caído fue Brasil ubicado con 76 (cayó 7 posiciones) a raíz del escándalo de Petrobras. Por su parte Argentina está en la posición 107 (32 puntos), Paraguay en el 130 (27 puntos) y Perú en el número 88 (36 puntos).

Reflexionaba acerca de una idea similar José Saramago al referir «no existen derechos humanos sin democracia, pero ¿existe democracia sin derechos humanos?»²⁵. Francisco Nieto, agudamente se pregunta: ¿la corrupción es la causante de la precariedad democrática o la precariedad democrática es la causante de la corrupción, o es que simplemente la democracia (tal y como se ha desarrollado) y la corrupción no pueden vivir divorciadas?²⁶ Chomsky concluía que «la corrupción fue tan grande en Sudamérica que se desacreditaron a sí mismos y desperdiciaron grandes oportunidades»²⁷.

Siguiendo este orden de ideas, cuando la corrupción está tan institucionalizada, y por ende las instituciones democráticas se encuentran debilitadas o aniquiladas en sus contenidos quedando sólo una triste fachada de ellas, crean un grado de inseguridad que hace que incluso aquellos que se benefician de esa situación, quieran «asegurarse» que el producto económico de sus actos corruptos no se vea afectado y por ende lo transfiere hacia países «más seguros» o hacia «paraísos fiscales» donde el control es muy débil, como hemos observado en el caso de los «Panamá Papers» donde se creaban sociedades «off shore» o más burdamente, como en nuestro reciente caso local, esconden bolsos con millones de dólares en un convento de monjas (caso «José López»), ex funcionario del gobierno federal, que parece un capítulo salido de la serie «Los Sopranos».

Lúcidamente reflexionaba Carlos Nino con relación a la realidad Argentina, en su obra «Un país al margen de la ley», acerca de la *anomia boba*, definiéndola como «la acción colectiva se caracteriza por la inobservancia de normas y hay al menos una cierta norma que conduciría a una acción colectiva más eficiente en la misma situación»²⁸.

Intentar determinar las causas o factores que determinan la corrupción en la región escapa a esta

aportación, pero resulta interesante la observación que Méndez efectúa entre el subdesarrollo con la corrupción, describiendo *consecuencias institucionales* ²⁹ que si bien las comparto, considero que no son productos o consecuencias exclusivas de países subdesarrollados.

Afirma el autor la existencia de una «clase» gobernante en las democracias parece ser un rasgo general del sistema, quedando muy pocos lugares para los «amateurs». Por lo general, la clase dirigente está formada por «profesionales de la política». Uno de los motivos puede ser la propia organización de los partidos políticos tradicionales. Es el «aparato» que impide que se postule como candidato alguien que no sea de la «familia política», y de esta forma bloquear la posibilidad de desarrollar propuestas radicales. El polo opuesto es cuando personajes públicos ajenos a la política son seducidos por los partidos tradicionales porque tienen buena imagen y traccionan votos; luego que acceden a los cargos, se contagian de los mismos vicios que el de la política tradicional, sumado a la falta de gestión. También se forman nuevos partidos políticos ante la falta de respuesta de los partidos tradicionales proponiendo un «cambio» del *status quo* pero ya sea por divisiones internas (especialmente en la izquierda) luego se desvanecen o diluyen perdiendo peso específico.

Desde esta última óptica observamos como en Brasil, un partido no tradicional como el Partido de los Trabajadores (P.T.), bajo el presidente Lula Da Silva los escándalos de corrupción aparecieron por doquier. Durante su primer gobierno, relacionados con la compra de leyes «mensalao» (mensualidad) por parte del partido gobernante y el Partido Laborista Brasileño (P.T.B.) ³⁰. En Argentina, del mismo modo, se había denunciado durante el gobierno del ex presidente De La Rúa contra legisladores con relación a una reforma en el régimen laboral abriéndose una causa criminal a partir de la declaración de un arrepentido, la que finalmente fuera absuelto ³¹. Más allá de los resultados judiciales, obsérvese que la compra de leyes afecta a la producción legislativa al punto que no son las leyes para el pueblo sino para un grupo. De todas formas, se hace mención de estos casos por lo escandaloso de la maniobra, ya que se encuentra sincerado que dentro del juego político en todas las democracias los lobbistas que representan a los diferentes grupos de poder, articulan con los legisladores, algunos en forma transparente y otros no tanto, para que los Parlamentos o Congresos sancionen las leyes en consonancia a los intereses que defienden.

Retomando con Brasil el caso «Lava Jato» en la cual se lavaba dinero principalmente vinculado a la petrolera estatal «Petrobras» ³² que motivara condenas al ex presidente Lula y el impeachment a Dilma Rousseff en 2016 que culminara con su destitución ³³. Lo grotesco del caso es que uno de los diputados impulsores --Eduardo Cunha-- fue condenado en marzo del 2017 a 15 años y 4 meses de prisión por corrupción, lavado de dinero y evasión de divisas ³⁴. El actual presidente Temer también posee denuncias por casos de corrupción, en especial al ser grabado en una conversación telefónica con un empresario de la industria cárnica de la firma «JBS» para el pago de una coima ³⁵.

Este escándalo de corrupción en el país vecino extiende sus implicancias en casos de soborno en la obra pública a partir de la empresa «Odebrecht», entre otras, en Argentina y otros países de la región, quedando en la mira funcionarios argentinos del anterior gobierno y contratistas relacionados con el actual gobierno. Esta circunstancia no es casual sino que obedece, como bien refiere Terradillos Basoco, a que la corrupción en las instituciones públicas sólo puede entenderse como fruto de las características definidoras de la economía globalizada ³⁶.

En una escala menor, recientemente en Uruguay renunció el vicepresidente Raúl Sendic por el uso de la tarjeta de crédito de la empresa petrolera estatal que gestionaba para compras personales ³⁷.

En la actualidad, varios funcionarios y empresarios relacionados con el anterior gobierno nacional son procesados por actos de corrupción.

Amén de la codicia personal, lo cierto que hacer política cuesta dinero, y para ello es necesario también transparentar los aportes privados para las campañas políticas con una regulación y control más férreo.

III. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES REGIONALES EN MATERIA DE CORRUPCIÓN

La «Convención Interamericana contra la Corrupción» (CICC) trata a la corrupción pública. En el ámbito internacional encontramos principalmente a la «Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción» que contiene tanto a la corrupción pública como la privada ³⁸.

Sin dejar de reconocer la gravedad de la corrupción pública, en ocasiones la delgada línea que divide

lo público con lo privado es débil, en especial relación a las corporaciones o multinacionales, debo coincidir con Pedro David cuando refiere: «Este tipo de corrupción no puede realizarse sin la complicidad o tolerancia del Estado, desde donde las disfunciones circulan por el cuerpo total de la sociedad. Las víctimas, los más vulnerables, son los sectores más desposeídos, pequeños ahorristas y pensionados, jubilados que ven desaparecer sus ahorros de años en la impunidad total de los victimarios que, en la mayoría de los casos, sino totalmente, ven sensiblemente disminuidas sus responsabilidades porque están ubicados en los sectores más altos del poder político, social o económico»³⁹ —.

Con referencia a la actuación de los funcionarios públicos en los actos de corrupción tales como el cohecho, el tráfico de influencias, entre otros, resulta acertada la observación que realiza Acale Sánchez en orden a que la decisión que adopte ese funcionario afecta la imparcialidad de la Administración Pública, ya que difícilmente puedan acceder el resto de los ciudadanos en condiciones de igualdad⁴⁰. Haciendo especial hincapié en el delito de cohecho, Quinteros Olivares indica que es «la clave de bóveda del sistema penal en materia de lucha contra la corrupción», aclarando el autor que por supuesto no agota ni abarca todas las formas posibles de corrupción⁴¹ —.

Puntualizando el marco convencional regional, la CICC está dividida en dos secciones, estructura resulta novedosa ya que trata en el artículo III «medidas preventivas»⁴² — que abarca reglas para la administración pública y luego «medidas penales» en la cual también establece respecto a su progresividad en el cumplimiento tres grados.

Referido a las medidas penales, como se adelantara, establece distintos grados de cumplimiento respecto a los Estados Parte: a) Obligación absoluta de legislar las conductas establecidas en los artículos VI y VII que incluyen al «soborno o cohecho activo y pasivo», al «incumplimiento de deberes o administración fraudulenta» y al «lavado de bienes o activos»⁴³ —; b) Obligación subordinada a la Constitución y a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, de las conductas descriptas en los artículos VIII y IX⁴⁴ — que recepta al «soborno transnacional»⁴⁵ — y al «enriquecimiento ilícito de funcionarios»⁴⁶ —; c) Obligación a considerar en forma progresiva las conductas establecidas en el artículo XI que contienen el «uso de información privilegiada o reservada», la «desviación del objeto de los bienes o malversación de caudales públicos», la «obtención ilícita de un beneficio» y el «peculado o utilización de bienes del estado».

Aclara la CICC, que para el caso en que algunas de las conductas señaladas precedentemente en los distintos artículos, ya se encuentren tipificadas en sus legislaciones internas, deberán ser consideradas como actos de corrupción en los términos de la Convención.

Finalmente en el art. XIV establece mecanismos de cooperación entre los Estados Partes, tanto en lo que concierne a la asistencia y búsqueda de prueba e información, como así también lo relativo a la extradición. Establece también el decomiso de los bienes (art. XV), siguiendo la fórmula de la Convención de Viena sobre Tráfico de Estupefacientes, para el caso en que un estado haya cooperado con una investigación sobre un acto de corrupción este podrá hacerle entrega de parte de lo incautado.

Sumado a lo expuesto, debemos señalar que a partir del Documento de Buenos Aires (4/5/2001), cuenta con la colaboración en el seguimiento e implementación del tratado con el MESICIC⁴⁷ — (Mecanismo de Seguimiento para la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción) y su grupo de expertos.

En Argentina funciona como principal organismo de control la «Oficina Anticorrupción» (O.A.)⁴⁸ — que depende orgánicamente del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos⁴⁹ —, pero cabe señalar dos observaciones, la primera que se trata de un órgano que depende del Poder Ejecutivo y nombrado por el Presidente de la Nación, por lo que su independencia se encuentra claramente resentida; la segunda, con relación al grado de aplicación, ya que el estado argentino posee una estructura federal en donde cada provincia de acuerdo a sus constituciones provinciales o leyes locales crean sus propios organismos de control (art. 5 C.N.), en la cual la O.A. posee una función meramente consultiva o de apoyo a pedido de las autoridades provinciales.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Como corolario de lo expuesto, realizaré algunas reflexiones de carácter general⁵⁰ —:

1) Se observa en América Latina serias dificultades en disminuir la corrupción pública, respuestas

que no se pueden encontrar a partir de posturas moralistas o eticistas. Tampoco se puede intentar explicarla linealmente a partir de una mera observación cuantitativa del fenómeno ⁵¹. Podemos señalar --siguiendo a Alessandro Pizzorno-- ⁵² que la corrupción afecta a dos principios: la *Transparencia* y la *Igualdad de Derechos Políticos*, al no poder acceder al Estado todos los ciudadanos en iguales condiciones. El hiper presidencialismo, la falta de controles intra e inter órganos, y el claro retroceso del Poder Legislativo son claros síntomas de la enfermedad que padece el sistema. A ello le debemos sumar el déficit de independencia que posee el Poder Judicial en Latinoamérica.

2) Desde el punto de vista político criminal es necesario disminuir la *Impunidad* entendiendo no sólo la ausencia de criminalización real sino la que deriva de la falta de criminalizar ciertas conductas. En este sentido, más allá de las críticas que merezcan estos nuevos medios de investigación en los procesos penales, en Argentina la reciente Ley 27.319 modificó a la Ley 27.304 del «Arrepentido» que si bien dejó este instituto para los delitos que infra se mencionan, excluyó (art. 2) al «agente encubierto», al «agente revelador», al «informante», a «la entrega vigilada» o la «prórroga de la jurisdicción» para los delitos de cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, negociaciones incompatibles con el ejercicio de la funciones públicas, exacciones ilegales, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos y prevaricato, entre otros delitos incluidos en el Título XI contra la Administración Pública del Código Penal ⁵³. Esta decisión político criminal va en contramano de los discursos políticos que hablan de la «lucha contra la corrupción», y no ha tenido resonancia social, salvo en los ambientes académicos.

Se debe evitar caer en el facilismo de acudir al derecho penal simbólico, que lejos de resolver la cuestión la mantiene latente. Puntualizando el caso de Argentina las medidas dispuestas por los gobiernos de los presidentes Fernández de Kirchner (Ley 26.860) y de Macri (Ley 27.260) que habilitaron el blanqueo de capitales o «sinceramiento fiscal» tampoco ayudan a disminuir la corrupción toda vez que con el sólo objeto del ingreso de capitales el estado renuncia a la persecución administrativa y/o penal con este tipo de «amnistías» dejando un sabor amargo al ciudadano de a pie que observa como la presión impositiva y/o tributaria se aplica solamente a él.

Finalmente si, como sucede en Argentina, el promedio de las causas de corrupción es de catorce años, quedando en muchos casos prescriptas, con muy pocas condenas --algunos datos informan que sólo hubo cinco firmes en veinte años-- estamos en serios problemas.

Crimen organizado, corrupción y responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú

José Ugaz S. M.

Abogado Penalista

Profesor de Derecho Penal

Pontificia Universidad Católica del Perú

I. BREVE PREÁMBULO

En el año 1989, ya ejerciendo como abogado penalista en el Perú y siendo un novel profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, asistí como alumno al primer curso de especialización en Derecho Penal organizado por la Universidad de Salamanca. Entre los destacados profesores en diversas materias que dictaban el curso, se encontraba el profesor Juan Terradillos Basoco, a quien había leído a la distancia y admiraba por su obra. El profesor Terradillos nos impresionó con una clase magistral sobre Derecho Penal Económico. Recuerdo haberme acercado después de la clase a hacerle algunas preguntas sobre la materia que había expuesto. Con gran disposición y apertura respondió a mis interrogantes. Tiempo después, fui invitado por el profesor Terradillos a participar en una estancia corta en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz, ubicada en Jerez de la Frontera, donde él ejercía la cátedra de derecho penal. El cálido recibimiento del que fui objeto por Juan y su equipo, en una memorable tarde en la que compartimos secos, olorosos y manzanillas, fue el preludio de lo que sería una inolvidable experiencia profesional y humana. En esos tiempos andaba interesado en el tema de los delitos contra el honor pues tenía la idea de escribir un libro sobre juicios penales a periodistas en el Perú (proyecto del Instituto Prensa y Sociedad - IPYS, organización no gubernamental que defendía a periodistas en apuros). Mi estancia en Jerez me permitió leer y reflexionar sobre la materia e iniciar los primeros pasos del que luego sería mi libro «Prensa Juzgada». Fueron muy valiosos mis intercambios con Juan, quien siempre estuvo dispuesto a aclarar mis dudas y escuchar mis inquietudes.

Este fue el inicio de una fructífera amistad que apreció mucho y que se ha ido profundizando con los años. Por cierto, no he sido el único que se benefició de ella. Poco tiempo después se hizo posible

que Iván Meini, un joven y brillante abogado que trabajaba conmigo fuera como becario bajo la tutela de Juan. Como era de esperar, Iván destacó rápidamente y se doctoró en Cádiz bajo el discipulado del profesor Terradillos, lo que a su vez permitió que una vez reinsertado en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, Iván se encargara, para beneficio de nuestra alma mater, de asegurar la presencia regular de su maestro, presencia que luego se ha hecho extensiva a varios de sus discípulos.

Por eso me alegró mucho cuando fui invitado a participar en este merecido homenaje a un hombre, que, por sus calidades profesionales y personales, ha destacado en el mundo de la academia y ha sido un referente de generosidad y amistad para muchos de nosotros.

II. CONCEPTO DE CRIMEN ORGANIZADO Y SU REGULACIÓN EN EL PERÚ

La Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado, establece en su artículo 2 (a) que un grupo criminal organizado es aquel que se caracteriza por lo siguiente:

- a) Está formado por 3 o más personas de manera intencional (no aleatoria).
- b) Ha existido por un período de tiempo (no es efímero).
- c) Actúa de manera premeditada para cometer un delito sancionable con una pena no menor de 4 años de prisión.
- d) Persigue como finalidad la obtención de un beneficio económico directo o indirecto.

Estos grupos tienen una estructura, lo que implica que cuentan con una jerarquía y una distribución del trabajo entre los miembros que los integran.

Tradicionalmente se ha vinculado este concepto con el de la «mafia» italiana o «*cosa nostra*», típica forma de organización criminal que revolucionó el quehacer delictivo en la década de los 20 en Italia y Estados Unidos. Este tipo de grupo delictivo se caracterizaba por ejercer dominio sobre un determinado espacio territorial, estar especializado en específicas actividades ilegales (extorsiones, tráfico de drogas, contrabando, etc.) y contar con una estructura jerárquica vertical y rígida basada en la lealtad de sus integrantes (la familia, el padrino, etc.). Hoy sin embargo, en un mundo globalizado en el que las fronteras se diluyen, con la irrupción de la tecnología y el desarrollo de las comunicaciones, según sostiene Moisés Naim en su libro «Ilícito»⁵⁴, las estructuras tipo mafia han sido reemplazadas por las llamadas «redes criminales» (*networks*), concepto que describe más bien estructuras flexibles, en las que si bien es cierto hay distribución del trabajo y cadenas de mando, son mucho menos rígidas pues pueden involucrar diversos grupos o nodos que se consorcia para determinadas actividades; no están afincadas o circunscritas a un determinado espacio territorial, ni se especializan por tipo de actividad ilegal.

El valor fundamental para las redes criminales está centrado en la capacidad de proveer los servicios requeridos para la concreción exitosa del delito, dándose la circunstancia, por ejemplo, que el mismo que provee servicio de transporte de drogas, a los pocos días puede transportar contrabando, migrantes ilegales, etc. Debido a lo lucrativo de estas actividades criminales realizadas a gran escala, hoy las organizaciones del crimen organizado cuentan con un gran poder económico e incluso bélico, al punto que, como en el caso de los carteles de la droga, ponen en cuestión la viabilidad de algunos Estados, siendo causantes en muchos casos de gravísimos problemas de gobernabilidad y de la existencia de los llamados «Estados fallidos» (Estados soberanos que no pueden proveer servicios básicos, carecen del monopolio exclusivo del ejercicio legítimo de la fuerza y no pueden aplicar la ley de manera uniforme). Según la revista *Foreign Policy*, a nivel mundial, 20 Estados alcanzaron esa categoría en el 2014.

La importancia que ha cobrado este fenómeno delictivo contemporáneo ha llevado a que los legisladores se esfuercen por adaptar las leyes a esta realidad, poniendo en vigencia normas especiales destinadas a combatir el crimen organizado con mayor eficacia.

En el Perú, el 20 de agosto del 2013 se promulgó la Ley 30777, denominada «Ley contra el Crimen Organizado», la misma que en su art. 2 define a las organizaciones criminales como: «*cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves...*». Señala el inciso 2 de ese mismo artículo que «*la intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella, o que actúan por encargo de la misma, puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal*». El art. 3 de la norma en comentario enumera una lista larga de los delitos a los que se aplicará la ley, y los artículos siguientes establecen diversas consecuencias de naturaleza procesal, sustantiva y penitenciaria que se derivarán de su aplicación.

Entre los delitos que pueden ser pasibles de ser tratados como criminalidad organizada están el asesinato, el secuestro, el lavado de activos, el tráfico de drogas y las diversas modalidades de delitos de corrupción (colusión ilegal, concusión, peculado, cohecho, negociación incompatible y tráfico de influencias). Dos de las consecuencias que acarrea ser considerado integrante o cabecilla de una organización criminal, son el aumento de la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido (con un límite máximo de 35 años), y la duplicación del plazo de la prescripción.

Tres años después, en respuesta al incremento de la inseguridad ciudadana, el 29 de octubre del 2016, el gobierno peruano promulgó el Decreto Legislativo N° 1244, con la finalidad de fortalecer la lucha contra la criminalidad organizada. Entre las principales modificaciones normativas que se han establecido se encuentran las siguientes:

1. Se hace una distinción entre organización y banda criminal: La organización criminal está compuesta por 3 o más personas, con carácter estable, permanente y se requiere que exista el reparto de tareas para la comisión de ilícitos penales. La banda criminal está integrada por 2 o más personas, quienes, sin reunir los requisitos establecidos para la organización criminal, tienen por finalidad cometer delitos de manera concertada.

2. Se incorpora al artículo 3° de la Ley N° 30077 los delitos de sicariato y la conspiración y el ofrecimiento para el sicariato (artículos 108°, 108-C° y 108-D° del Código Penal).

Habiéndose incorporado dentro del catálogo contenido en el art. 3 de la ley en comentario a los delitos de corrupción, se desprende que cuando las prácticas corruptas contenidas en los tipos penales señalados en la norma, se cometan por personas que forman parte de una organización criminal, sus autores sufrirán una pena mayor en un tercio, por tratarse de una circunstancia agravante de la responsabilidad penal. En igual sentido, los plazos de prescripción ordinarios se duplicarán.

III. CORRUPCIÓN

El término Corrupción deriva del latino *corrompere* que significa descomponerse. Desde hace más de 20 años, la organización no gubernamental Transparencia Internacional popularizó la definición, muy extendida en estos tiempos, según la cual, corrupción consiste en el «abuso de una posición pública para obtener un beneficio privado». Esta es una fórmula sintética que describe la esencia de la corrupción pública pero que ciertamente no agota su contenido.

Hoy existen muchas definiciones de corrupción que tratan de capturar los diferentes elementos que esta problemática comprende. El historiador peruano Alfonso Quiroz, autor de una obra emblemática sobre la corrupción en el Perú, atendiendo a la complejidad del fenómeno, la define como el «mal uso del poder político o burocrático por parte de argollas de funcionarios públicos para obtener ventajas económicas o políticas contrarias al desarrollo social mediante la malversación o el desvío de recursos públicos y la distorsión de las políticas o instituciones»⁵⁵.

Existe también la denominada corrupción privada, actos de beneficios indebidos generados sin la intervención de funcionarios públicos. Los recientes escándalos de corrupción destapados en la FIFA, referidos al pago de sobornos para arreglar resultados de partidos de fútbol, elegir las sedes de los campeonatos mundiales o conceder derechos de televisión, son una buena muestra de corrupción privada.

La corrupción no solo es un fenómeno moral o uno que produce consecuencias económicas, sino que tiene un grave impacto social en la medida que impide el desarrollo de sociedades pobres y afecta la gobernabilidad.

La corrupción cotidiana, que puede ser de pacotilla o mediana, se diferencia de lo que hoy se conoce como la «gran corrupción», aquella que es cometida por personas que detentan poder económico o político, involucra enormes cantidades de dinero y afecta los derechos fundamentales de las personas

⁵⁶.

La corrupción pública que ha padecido tradicionalmente el Perú es una corrupción administrativa extendida, pero a raíz de lo ocurrido en la década de los años 90 durante el régimen de Fujimori, surgió un nuevo fenómeno que la Iniciativa Nacional Anticorrupción (INA), un grupo plural formado por el gobierno de transición del presidente Valentín Paniagua para analizar este proceso y plantear alternativas, llamó la «corrupción sistémica». Según este grupo de trabajo, la corrupción se vuelve sistémica cuando se produce un copamiento o captura del Estado por parte de un núcleo corrompido y corruptor que le impone una succión-direccionamiento a las redes preexistentes y dispersas de la corrupción institucional. Sostiene el diagnóstico que en la década de los noventa «la corrupción sistémico-institucional fue superada y subordinada por la corrupción sistémica, que la

instrumentalizó», entendiéndose por ésta última a «la ejercida desde el núcleo central del gobierno que modifica, adapta y subordina el accionar de los distintos espacios del Estado en función de sus necesidades de reproducción»⁵⁷. En ese sentido «la corrupción llegó a penetrar el centro mismo del poder del Estado, para ser utilizada como instrumento de gobierno. Para ello se organizó una red de corrupción que involucró a gran parte del Estado y que contó con la complicidad de sectores importantes de la clase dirigente el centro de la corrupción se trasladó del ámbito administrativo-institucional al núcleo del poder político. El Estado no se vio copado desde fuera por redes corruptas, sino que la iniciativa corruptora provino de su centro mismo, a través del Poder Ejecutivo y los servicios de inteligencia»⁵⁸.

Usualmente la corrupción va acompañada de un fenómeno muy pernicioso como es la Impunidad. Cuando uno comete un delito, es de esperar que éste, una vez descubierto, produzca una consecuencia jurídica para su autor. El hecho criminal debe ser investigado, procesado y finalmente sancionado con una pena y/o consecuencia accesoria. Sin embargo, tratándose de delitos de corrupción, es muy frecuente que los autores de los mismos no sufran consecuencia legal alguna, debido a su capacidad económica o su poder político. Peor aún, siendo evidente que han cometido un delito, muchas veces los corruptos son considerados como modelos de éxito social. Esta situación se produce en parte también, porque se trata de conductas ilícitas que no generan reacción social, muchas veces porque las víctimas, que son los ciudadanos en general, y en particular los más pobres, no son conscientes de su condición de víctimas, lo que se traduce en anomia social. Contribuye también a la impunidad que en nuestro medio la corrupción se haya «normalizado», es decir, que, pese a que se trata de prácticas delictivas, los ciudadanos la asumen como un hecho cotidiano, en una mezcla de resignación y complicidad participe como forma de sobrevivencia. Ello se ha expresado dramáticamente en las recientes encuestas realizadas para las elecciones regionales, en las que el 55% de los encuestados a nivel nacional señalaron estar dispuestos a votar por un candidato que sabían que era un corrupto pero que pensaban que iba a hacer algo de obra. Esta extendida asunción de la vieja filosofía del «*roba pero hace*», ha colocado al Perú en una situación grave en materia de corrupción en la que los escándalos en las instituciones centrales y los gobiernos regionales se suceden permanentemente.

Desde el punto de vista penal, la corrupción está comprendida en el título relativo a los Delitos contra la Administración Pública, e involucra una serie de conductas como el Peculado, el Cohecho activo y pasivo, la Colusión Ilegal, el Tráfico de Influencias y la Negociación Incompatible.

IV. MEDIDAS PROCESALES PARA LA PERSECUCIÓN DE DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS Y CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Con fecha 30 de diciembre del 2016, se publicó en el Perú el Decreto Legislativo N° 1307, el mismo que modifica el Código Procesal Penal con la finalidad de fortalecer la lucha contra la delincuencia común y mejorar la persecución y sanción de los delitos de corrupción de funcionarios. Entre las novedades que trae este Decreto Legislativo, se dispone que las medidas de «protección de testigos, peritos, agraviados y agentes especiales o colaboradores que intervengan en los procesos penales» serán determinadas por el Fiscal o Juez en función a la percepción del peligro grave que puedan correr estas personas (art. 247). Igualmente se establecen una serie de medidas de simplificación del proceso o destinadas a evitar su innecesaria dilación: reemplazo del abogado defensor (art. 85), actuación de prueba anticipada (art. 242), plazos y prolongación de la prisión preventiva (arts. 272, 274), entre otras. Esta norma regula ampliamente las instituciones del Agente Encubierto y el Agente Especial, así como las Operaciones Encubiertas (arts. 341 y 341-A). Se autoriza por parte del Fiscal la posibilidad de que agentes policiales actúen con identidad supuesta e incluso que ciudadanos que forman parte de una organización criminal puedan actuar como delatores. Igualmente se prevé la realización de operativos conjuntos para desbaratar delitos de inminente comisión (art. 68-A). La Cuarta Disposición Complementaria Final dispone la creación de un Sistema Especializado de Delitos de Corrupción de Funcionarios que deberá ser implementado por el Poder Judicial, la Fiscalía, la Policía y el Ministerio de Justicia. Igualmente, esta norma introduce las siguientes modificaciones:

- a) Se establece que la prisión preventiva en casos de criminalidad organizada podrá durar hasta 36 meses.
- b) Se modifican plazos en la tramitación del proceso inmediato.
- c) Se incorpora el artículo 68-A° al Nuevo Código Procesal Penal, el cual permite que el Fiscal, conjuntamente con la Policía, puedan realizar operativos ante la inminente perpetración de un delito,

durante su comisión o para su esclarecimiento.

V. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS QUE INCURRAN, ENTRE OTROS, EN LOS DELITOS DE COHECHO

Tradicionalmente el sistema penal peruano se ha negado a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, basado en el principio « *societas delinquere non potest* »⁵⁹, en virtud del cual se considera que, siendo las personas jurídicas ficciones legales, carecen de capacidad intelectual para generar los elementos subjetivos de dolo y negligencia, y, por otro lado, no tienen la capacidad de resocializarse, por lo que no se cumpliría en su caso el fin perseguido por la pena. En tal sentido, carece de objeto hacerlas pasibles de responsabilidad penal, debiendo limitarse ésta únicamente a las personas naturales que actúan a través de ella. Sin embargo, en el derecho comparado existe una tendencia creciente a reconocer la responsabilidad penal de las entidades legales partiendo del hecho que el sistema debe actuar coherentemente, pues a pesar de ser ficciones jurídicas generalmente sí se les reconoce los derechos consagrados para las personas naturales. En ese sentido, sin aceptar plenamente este tipo de responsabilidad para las empresas, el Código Penal de 1991 incluyó una serie de «consecuencias accesorias» aplicables a las personas jurídicas utilizadas para cometer actos delictivos. Así, el art. 105 dispone que pueden aplicarse las medidas de multa, suspensión y liquidación de las empresas involucradas en hechos criminales⁶⁰.

Recientemente, a raíz del interés del Estado Peruano en incorporarse a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE), instancia que reúne a las economías más importantes del mundo, ésta le impuso como condición para el ingreso, entre otras medidas, la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta exigencia dio inicio a un largo debate en el Perú que condujo a la preparación de un proyecto de ley que la incorporara en el Código Penal. La propuesta, sin embargo, generó nerviosismo en el sector privado y encontró una férrea oposición en la CONFIEP, gremio empresarial que agrupa a las grandes compañías en el Perú, secundada por otras asociaciones representantes de los intereses del sector privado como la Cámara de Comercio de Lima y la Sociedad Nacional de Industrias. El argumento principal del sector privado consiste en que, de establecerse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú, dado los niveles de corrupción que existe en el país, las empresas van a ser víctimas de prácticas extorsivas y sanciones injustas. Debido a esta resistencia de los líderes empresariales, se llegó a una solución transaccional, sorprendentemente aceptada por la OCDE: sólo se aplicaría sanciones penales a empresas que incurran en el delito de soborno transnacional (cohecho activo transnacional tipificado en el art. 397-A del Código Penal)⁶¹. Es más, para aplacar los temores del sector privado, se recurrió a un «fraude de etiquetas», denominando «responsabilidad administrativa» a lo que en rigor constituyen verdaderas sanciones penales aplicadas por un juez especializado en el contexto de un proceso penal.

En ese sentido, el 21 de abril del año 2016 se promulgó la Ley 30424, titulada « *Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional* », la que entró en vigencia el 1 de julio del 2017. Resulta evidente que se trató de una norma de carácter meramente simbólico pues no tendría mayor incidencia en la realidad. Es sabido que las empresas peruanas normalmente no incurrir en pagos de sobornos cuando realizan actividades de exportación pues usualmente colocan sus productos en países desarrollados donde la corrupción está más controlada y severamente sancionada. Como lo ha demostrado la realidad, muchas personas jurídicas son creadas o utilizadas en el Perú para cometer actos de corrupción a nivel local y otros crímenes, pese a lo cual, las sanciones que establecía esta norma no les serían de aplicación.

Atendiendo a esta situación, el 07 de enero del 2017, en el marco de las facultades delegadas al gobierno, éste promulgó el Decreto Legislativo 1352 que « *Amplía las Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas* ». Esta modificación precisamente buscó romper el simbolismo de la norma original y extender la responsabilidad penal a las empresas que incurran en los delitos de cohecho activo genérico (397), cohecho activo específico (398), lavado de activos (DL 1106), minería ilegal, crimen organizado y terrorismo. Esta norma entrará en vigencia el 1 de enero de 2018. Se agrega a las sanciones previstas en la norma anterior la de suspensión de sus actividades sociales por un plazo de 6 meses a dos años (art. 5.1), la prohibición de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase (art. 5.2) y de contratar con el Estado de manera definitiva (art. 5.3). Esta disposición también regula las circunstancias agravantes (tener un órgano en la estructura de la persona jurídica cuya finalidad sea ilícita⁶², la reincidencia y el uso ilícito predominante de la

empresa). Por su parte el art. 14 establece los criterios para la aplicación de las medidas administrativas, destacando entre ellos el puesto que ocupa la persona natural u órgano que incumplió el deber de control. Cabe destacar que entre las causales de exoneración de responsabilidad se incluye la circunstancia en que la persona natural que comete el delito lo hace «eludiendo de modo fraudulento el modelo de prevención debidamente implementado» (art. 17.4). Por su parte, el art. 18 impone contar con un informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores para que el Fiscal pueda formalizar la investigación preparatoria. Si el informe concluye que el modelo de prevención antes de cometerse el delito era adecuado en su diseño e implementación, entonces el Fiscal debe archivar el caso. Este informe tendrá el carácter de pericia institucional y deberá expedirse dentro de los 30 días hábiles de haber sido requerido por el Fiscal.

1. Ámbito de aplicación de la ley

Según lo dispone el art. 3 de la ley original, ésta será únicamente aplicable a las personas jurídicas --públicas o privadas-- que se vean incurso en la comisión del delito de cohecho activo transnacional al haberse utilizado su nombre para cometerlo o haya sido cometido por cuenta de ellas y en su beneficio directo o indirecto, a través de personas naturales relacionadas con ella (administradores, representantes, órganos colegiados), proveedores de servicios subordinados y controlados por los primeros y que actúan bajo sus órdenes o autorización, o cuando no hayan sido controladas y vigiladas por los administradores o representantes. Se exonera de esta responsabilidad en los casos en que el delito es cometido por las personas naturales antes mencionadas en su exclusivo beneficio o de terceros ajenos a la persona jurídica. También se excluye de responsabilidad a la empresa si las personas naturales antes mencionadas cometen el delito eludiendo fraudulentamente el sistema de prevención de delitos de corrupción implementado en la empresa. Esta responsabilidad es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural (art. 4), y atribuible, aunque la empresa cambie de nombre, sea reorganizada, fusionada, escindida, disuelta o sujeta a cualquier otro acto que afecte su personalidad jurídica (art. 1).

2. Sanciones aplicables (arts. 6 al 11)

Las sanciones judiciales que contempla esta ley son las siguientes:

- a) Multa hasta un máximo de 6 veces lo que se espera obtener con el delito. Si este monto no es determinable, se calculará en base a unidades tributarias (de 10 hasta 500).
- b) Inhabilitación (suspensión hasta 2 años, prohibición temporal hasta de 5 años o definitiva de realizar la misma actividad, o suspensión de contratar con el Estado hasta por 5 años. Esta última es obligatoria si el delito se cometió en un proceso de contratación pública).
- c) Cancelación de licencias y autorizaciones. Esta sanción es obligatoria si el delito se cometió para obtener el permiso.
- d) Clausura temporal de hasta 5 años o definitiva.
- e) Disolución, que se aplicará sólo si la empresa fue constituida y usada para favorecer, facilitar o encubrir el delito. Tratándose de empresas que presten servicios de utilidad pública (por ejemplo, servicios de electricidad, comunicaciones o agua potable), no se aplicará esta sanción si puede afectar gravemente a la población.

Si el juez considera necesario proteger los intereses de los trabajadores y/o acreedores de la empresa, puede disponer que esta sea intervenida total o parcialmente hasta por un máximo de 2 años. El interventor debe informar periódicamente al Juzgado, el que puede modificarla previo informe de éste y con opinión de la Fiscalía (art. 6). La ley contempla un conjunto de circunstancias que pueden modificar el *quantum* de la sanción. Se atenuará la sanción si los representantes de la empresa confiesan, colaboran sustancialmente, reparan el daño o lo impiden, implementan medidas de prevención o demuestran parcialmente que contaban con un modelo de prevención (art. 12). Contrariamente ésta se agravará si la empresa reincide en el delito dentro de los 5 años de haber sido sancionada y cuando resulta evidente que ha sido creada con un propósito ilegal (art. 13). La aplicación de las sanciones de inhabilitación, cancelación y clausura se graduará conforme a los criterios establecidos en el art. 14 (gravedad y extensión del daño, capacidad de la empresa, monto del beneficio ilícito, modalidad y motivación e importancia de la persona natural u órgano que incumplió el control). Cuando las sanciones de inhabilitación y clausura sean temporales, el juez deberá graduarlas de acuerdo a los criterios que le asigna el art. 15, atendiendo a la existencia de atenuantes o agravantes y fijando el término dentro del límite de 5 años, para lo cual dividirá la pena prevista en tercios (inferior: 20 meses, intermedio: 40 meses, o superior: 60 meses). En caso de circunstancias privilegiadas, incluso puede graduar la sanción por debajo o encima del máximo legal. En situaciones excepcionales, el Juez, fundamentando su decisión, puede suspender la aplicación de

las sanciones a fin de evitar consecuencias gravosas para los trabajadores, acreedores o público en general por un término no menor de 6 meses ni mayor de 2 años. La suspensión no afecta el decomiso ordenado por el juzgado (art. 16). La ley 30424 también introduce una modificación de carácter procesal creando el art. 313-A del Código Procesal Penal, el mismo que faculta al juez a cargo del proceso que involucra a una persona jurídica a aplicar como medidas cautelares las de prohibir actividades futuras similares a las que son materia de investigación y suspender la capacidad de la empresa para contratar con el Estado. Tratándose de medidas cautelares, se requiere que existan suficientes elementos indiciarios de la responsabilidad de la empresa y que se justifiquen por razones de peligro procesal (evitar ocultamiento de bienes, insolvencia de la compañía u obstaculización de la actividad probatoria). En ese sentido la duración de estas medidas cautelares no excederá de dos años y medio (Segunda Disposición Complementaria Modificatoria). De acuerdo con lo dispuesto por la Quinta Disposición Complementaria Final, las sanciones impuestas en virtud de esta ley constarán en un registro público informático que deberá ser implementado por el Poder Judicial, sin perjuicio de que las mismas sean inscritas en los Registros Públicos mercantiles. Una vez cumplida la sanción, el nombre de la empresa debe ser retirado del registro.

3. Modelo de prevención (arts. 17 al 19)

La ley dispone que si a pesar de haber incurrido en delito, la empresa contaba antes con un sistema de prevención idóneo para evitar este delito o reducir sustancialmente el riesgo de su comisión, la persona jurídica estará excluida de responsabilidad. Para tal efecto, el fiscal o el juez, según sea el caso, procederá a archivar el caso contra la persona jurídica si verifica que con anterioridad a la comisión del delito ésta contaba con un modelo de prevención adecuado, implementado y en funcionamiento (art. 18). Esta resolución debe estar debidamente fundamentada. La racionalidad de esta exigencia estriba en el hecho de reforzar una actitud preventiva en las empresas a través de la adopción de medidas de buen gobierno corporativo y estándares éticos. En la actualidad existen varios modelos de prevención de corrupción corporativa y empresas especializadas que prestan ese servicio de consultoría. Entre las características que debe tener un buen sistema preventivo, destacan la existencia de una persona u órgano independiente con personal y presupuesto suficiente encargada de su ejecución (oficial de cumplimiento), la realización de un buen diagnóstico (mapa de riesgos), la implementación de procesos administrativos que permitan detectar posibles nichos de corrupción y la implementación sistemática de auditorías financieras. A fin de reforzar su cumplimiento debe existir un proceso para investigar y sancionar a quienes incumplan con estas directivas. La existencia de un programa para la recepción de denuncias de potenciales informantes (*whistleblowers*) y la adopción de medidas para protegerlos de cualquier retaliación se considera un elemento indispensable en el contexto de una estrategia de buen gobierno corporativo.

VI. EPÍLOGO

Siendo el Perú contemporáneo un país con serios problemas de crimen organizado ⁶³, el legislador ha optado por intensificar la represión de este tipo de organizaciones, introduciendo un conjunto de reglas en concordancia con las disposiciones universales vigentes en la materia. Este esfuerzo político criminal ha confluído en el tiempo con una percepción de la opinión pública en el sentido de que la corrupción en el Perú constituye el principal problema del país, y dada sus características, está fuera de control. El Perú, como la mayoría de países latinoamericanos, ha sufrido de una corrupción endémica que se remonta a los tiempos de la colonia en los que se implantó un modelo clientelista como matriz para el intercambio de relaciones económico-sociales. Sin embargo, la crisis desatada en el año 2000 a raíz del develamiento del caso Fujimori-Montesinos, reveló que no sólo padecíamos de una corrupción administrativa extendida, sino que la corrupción era sistémica y se había enquistado en el poder a través de una organización criminal encabezada nada menos que por el presidente de la República, su asesor personal y el comandante general de las Fuerzas Armadas, organización que literalmente había capturado al país. Como consecuencia del develamiento de la red Fujimori-Montesinos, se abrieron más de 250 procesos penales y se investigó a más de 2.000 personas, entre ellos la gran mayoría de altos funcionarios del Estado (presidente de la República, presidente de la Corte Electoral, magistrados de la Corte Suprema, Fiscal de la Nación, presidente del Congreso, generales de las Fuerzas Armadas y Policiales, gobernadores, alcaldes, y un largo etcétera).

El encuentro entre crimen organizado y corrupción de estos tiempos contrasta con los típicos casos de corrupción histórica cometidos por funcionarios en actividades independientes, o concertadas, pero no «organizadas» en los términos que señala la ley 30777. Recientes casos de corrupción a nivel de gobiernos regionales o de alto nivel como el llamado «Caso Lava Jato», así lo confirman. Desde

esa perspectiva, el régimen penal para la corrupción cometida a través de organizaciones criminales, cuenta ahora con instrumentos legales que por un lado se ajustan mejor a la realidad, y por otro, que importan una mayor eficacia para su persecución y un mayor rigor para su sanción.

A ello se suma que, ante el frecuente uso de vehículos corporativos para cometer delitos de corrupción y conexos, como lavado de activos, fraude fiscal y otros, la OECD ha venido promoviendo la incorporación de tipos penales que permitan la sanción penal a las personas jurídicas que incurran en estos delitos. Producto de ello, en el Perú se han promulgado la ley 30424 y el Decreto Legislativo 1352 que introducen la responsabilidad penal de las personas jurídicas para diversos delitos, entre ellos los de cohecho activo y pasivo. Esta norma se suma a la infraestructura legal anticorrupción y aporta un elemento punitivo adicional para aquellos casos de gran corrupción que se cometan por organizaciones criminales utilizando personas jurídicas.

El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la Administración pública y por soborno transnacional en el debate parlamentario argentino de 2017

Carlos Julio Lascano

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Córdoba (Argentina)

I. INTRODUCCIÓN

Durante el mes de enero de 1995 tuve el privilegio de conocer personalmente al Profesor Juan Terradillos Basoco, cuando fui alumno de la primera cohorte de la Especialización en Derecho Penal organizada por la Universidad de Salamanca. Unos meses después nuestra vinculación académica se convirtió en genuina amistad cuando generosamente impartió sendas conferencias en mi país, en las universidades nacionales de Córdoba y La Rioja.

Ya por ese entonces Terradillos era uno de los máximos especialistas españoles en Derecho Penal económico y había publicado su valiosa obra intitulada «Derecho penal de la empresa»⁶⁴, un verdadero clásico en la materia. Por ello, en este merecido homenaje a su destacadísima trayectoria científica que le tributan sus discípulos con motivo de su septuagésimo cumpleaños, he elegido ocuparme de algunos aspectos del debatido tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Hace algunos años tuve el honor de codirigir una obra colectiva de Derecho Penal de la empresa junto con los destacados profesores de la Universidad de Castilla-La Mancha Luis Arroyo Zapatero y

Adán Nieto Martín⁶⁵. En la presentación de ese libro expresamos que con el cambio de siglo y los efectos económicos de la globalización, el Derecho Penal económico del Estado social, pensado sobre la base de la capacidad de control del Derecho nacional sobre los actores económicos, empresas y trabajadores, y los factores de producción, mercancías y servicios, tiene serios problemas de adaptación. En este nuevo espacio de la economía globalizada las grandes empresas multinacionales gozan de libertad absoluta de movimientos, imponen sus puntos de vista en los procesos de armonización internacional del Derecho de los negocios, y sus comportamientos ilícitos --contra el medioambiente, los trabajadores, o de corrupción-- rara vez son juzgados por sistemas de administración de justicia mucho más débiles. Esta situación contrasta con lo que ocurre con los otros actores económicos: los trabajadores, cuya libertad de movimientos en el mundo globalizado está seriamente criminalizada a través de los delitos de inmigración ilegal. En lo que atañe a los factores de producción, los efectos de la globalización económica no han sido menores: la libertad de movimientos de capitales, unida al mantenimiento de los paraísos fiscales, ha posibilitado la comisión masiva de delitos de fraude fiscal y blanqueo de capitales; la libertad de movimientos de productos financieros ha creado una crisis económica mundial sin precedentes, cuyas raíces en algunos casos tienen que ver con comportamientos delictivos de falsedad en los balances, corrupción de auditores, conductas de administración desleal o grandes estafas colectivas; la libre circulación de productos ha llevado a que fármacos, pesticidas, productos transgénicos, abonos o alimentos infantiles que no pueden producirse o comercializarse en los países más ricos lo hagan en aquellos de economías más debilitadas. A este conjunto de problemas el Derecho Penal estatal, que entiende el *ius puniendi* como ejercicio del poder soberano sobre un determinado territorio, no puede darle solución por sí solo. Por eso se debe confiar en nuevas herramientas de regulación. En primer lugar, en materia de corrupción, blanqueo de capitales o criminalidad organizada, existe ya un importante *corpus iuris internacional*, pero la comunidad internacional se expresa también hoy a través de un mecanismo regulador: el *soft law*. La importancia de las recomendaciones del GAFI en blanqueo de capitales o de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) sobre corrupción,

adoptan en ocasiones esta estrategia. Esta irrupción de nuevas fuentes del Derecho Penal requiere replantearse el sentido de la reserva de ley penal.

En segundo lugar, el Derecho Penal globalizado debe confiar en la autoregulación empresarial como instrumento normativo. El incremento del control social sobre la economía, del que andamos muy necesitados, no puede despreciar la capacidad que toda corporación tiene para dictarse normas internas y controlar el comportamiento de sus miembros. El debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas busca comprometer a las empresas para que cooperen con el Estado en la prevención y la investigación de los hechos delictivos que pueden surgir en el desarrollo de su actividad, conminando duras sanciones para esos entes.

Se plantea así una evidente tensión entre un Derecho Penal edificado sobre los cimientos de una responsabilidad individual de las personas físicas y los requerimientos político-criminales propios de la delincuencia empresarial, que postulan castigar con penas no sólo a los ejecutores materiales de los delitos cometidos en el ámbito de los negocios, sino a las propias personas jurídicas en cuanto tales.

En nuestros días asistimos a un proceso de «erosión» del antiguo aforismo «*societas delinquere non potest*» consagrado en el Derecho Penal de la Europa Continental y los países iberoamericanos que siguen ese modelo. Dicho fenómeno se manifiesta en el Viejo Mundo donde triunfa el paradigma opuesto en Holanda, Suecia, Noruega, Portugal, Francia, Dinamarca, Irlanda, Finlandia y, a partir de 2010, España.

En este marco, en nuestro país el pasado 27 de septiembre --con 65 votos a favor-- el Senado de la Nación aprobó el dictamen de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales sobre el proyecto de ley que responsabiliza penalmente a las personas jurídicas privadas por delitos contra la administración pública y por cohecho transnacional ⁶⁶—. Allí se introdujeron importantes modificaciones al texto al cual la Cámara de Diputados de la Nación había dado media sanción en la sesión del 5 de julio del corriente año, en base al proyecto remitido por el P.E. el 20 de octubre de 2016. Habrá que aguardar ahora el tratamiento de la cuestión en la Cámara de origen.

En esta ocasión me limitaré a abordar una de las cuestiones más relevantes que se plantean en dicho proyecto de ley: los criterios de imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica en sí misma.

II. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN SÍ MISMAS EN EL PROYECTO DE LEY EN DEBATE EN EL PARLAMENTO ARGENTINO

Pese a las profundas divergencias, las corrientes científicas del Derecho Penal moderno coinciden en que la mayor parte de los elementos estructurales del delito responden a aptitudes psíquicas que sólo pueden darse en relación a la persona individual. En tal sentido, siguiendo las enseñanzas de su maestro don Marino Barbero Santos ⁶⁷, Juan Terradillos Basoco ⁶⁸ --quien desde una perspectiva político-criminal no estaba seguro que la máxima *societas delinquere non potest* fuera la más aconsejable-- sostenía que parecen innegables las dificultades para que una responsabilidad penal fundamentada en el comportamiento culpable pueda ser exigible a las personas jurídicas, dado que acción y culpabilidad son conceptos dogmáticamente contruidos con referencia exclusiva a la persona física.

De tal modo, la acción como conducta humana y la culpabilidad no pueden ser vinculadas a un ente ideal, salvo estableciendo un paralelismo puramente terminológico que no responde a los principios rectores de tales categorías. Lo mismo ocurre con la pena pues --aunque se le adosen finalidades preventivas generales y especiales-- tiene un sustrato retributivo que la distingue de otras consecuencias jurídicas.

En el Derecho Penal cuando el hombre actúa por medio de corporaciones, la responsabilidad sigue siendo individual, sin perjuicio que el Estado pueda establecer a su vez consecuencias que afecten a las personas jurídicas, como manifestación de una política de prevención que tiende a la regularidad en el manejo y funcionamiento de dichos entes.

Por consiguiente no resulta viable imponer penas en sentido estricto, como tampoco medidas de seguridad, pues la imposibilidad de realizar una conducta conlleva la inexistencia del hecho antijurídico y del juicio de peligrosidad, porque por definición nunca se podrá afirmar la probabilidad que la corporación cometa por sí misma delitos, aunque se pueda hablar de una «peligrosidad objetiva de la entidad, que no es sino la probabilidad de que las estructuras e instrumentos societarios provoquen la actuación criminal de los sujetos individuales» ⁶⁹—.

Creemos se debe intentar otra clase de intervención jurídica estatal frente a los delitos socio-económicos que puedan cometerse a través de personas colectivas. En tal sentido, sería

admisible un sistema de consecuencias para las personas ideales consistente en un tercer género de sanciones criminales («*tertium genus*») ⁷⁰ similares a las medidas de seguridad (se las podría considerar una clase de medidas de seguridad especiales), basadas en la peligrosidad objetiva de comisión de delitos en la persona jurídica. Al igual que las denominadas *consecuencias accesorias* del art. 129 del Código Penal español de 1995, son de naturaleza jurídico-penal --no meramente administrativa--, «pues son consecuencias precisamente del delito y, aparte de ser sanciones impuestas por el juez penal (y previstas en normas penales), suponen privaciones de derechos de entidad considerable y (...) en todo caso de carácter preventivo» ⁷¹.

Por todo ello, más allá de la incorrección de llamarlas « *penas aplicables a las personas jurídicas*», es plausible el texto del proyecto de ley aprobado por el Senado el pasado 27 de septiembre que prevé --cuando se cumplen los requisitos fijados por el art. 2º-- determinadas sanciones enumeradas en el art. 7º, a « *las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjeras, con o sin participación estatal*», las cuales resultan « *responsables*», por los delitos enumerados en los incisos a), b), c), d) y e) del art. 1º, que « *hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio*», aunque « *la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquélla*» (art. 2º, último párrafo).

Efectuando un análisis comparativo de la disposición proyectada con dos antecedentes relevantes, el art. 59 del Anteproyecto de Código Penal de 2014 ⁷² (en adelante AP 2014) y el art. 31 bis del Código Penal español, introducido por el artículo único 4 de la LO 5/2010, en lo relativo a los delitos comprendidos por los mismos, nos parece que el art. 1º del texto aprobado por el Senado argentino tiene afinidad con aquéllos en cuanto prevén que serán únicamente referidos a un *numerus clausus* de delitos, expresamente establecidos en distintos artículos de la Parte Especial, algo que no ocurre en el Anteproyecto de 2006 ⁷³, cuyo art. 67 carece de limitación respecto de los delitos en los que se pueden aplicar sanciones a las personas jurídicas. Similar amplitud había adoptado el texto aprobado por la Cámara de Diputados el 5 de julio pasado, en relación al proyecto objeto de este trabajo, pues en su art. 1º disponía: « *La presente ley establece el Régimen de Responsabilidad Penal para los delitos previstos en el Código Penal de la Nación cometidos por personas jurídicas privadas ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal*». De tal modo, se apartaba del proyecto original elevado por el Poder Ejecutivo, cuyo art. 3º establecía: « *Las personas jurídicas son responsables por los delitos contra la administración pública y cohecho transnacional...*», con lo cual quedaban comprendidos todos los delitos del extenso título 11 del Código Penal vigente.

El texto aprobado por el Senado argentino es más acotado que el del proyecto original: «ARTÍCULO 1º.- *Objeto y alcance. La presente ley establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los siguientes delitos: a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional o transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal; b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previsto por el artículo 265 del Código Penal; c) Concusión, previsto por el artículo 268 del Código Penal; d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previstos por los artículos 268 (1) y (2) del Código Penal; e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal*».

Como se puede advertir, sólo quedan comprendidos los tipos delictivos expresamente mencionados y no todos los enumerados en el título 11 de código sustantivo. Además, un tipo agravado de balances e informes falsos, que en el art. 37 del texto aprobado por la Cámara Alta se proyecta incorporar al título 13 (Delitos contra el orden económico y financiero) del Código Penal como art. 300 bis ⁷⁴.

En los tipos delictivos mencionados en los incisos b), c) y d) del art. 1º del proyecto del Senado, se exige en el autor la calidad de funcionario público, razón por la cual estamos en presencia de delitos especiales propios, porque requieren una especial condición, relaciones o cualificación en el sujeto activo y no cuentan con una figura paralela de delito común. Por tal motivo nos parece conveniente incluir en el Código Penal la cláusula de la actuación en lugar de otro ⁷⁵, la cual permitiría cubrir las lagunas de punibilidad en los delitos especiales propios cuando sean cometidos por las personas físicas que actúan como órganos de las personas de existencia ideal que no reúnan los requisitos específicos exigidos para ser considerados autores, tal como lo señala la doctrina de modo uniforme. La normativa diseñada por el Senado, en el art. 1º expresamente alude a « *responsabilidad penal*» de las personas jurídicas y el art. 7º regula las « *penas aplicables*» a dichas corporaciones. De tal forma

sigue el modelo del art. 31 bis CP de España que establece que las personas jurídicas serán «*penalmente responsables*» y alude a «*responsabilidad penal*»; por su parte, el art. 33.7 describe cuáles son las «*penas aplicables a las personas jurídicas*», y el art. 66 bis, de modo explícito menciona las reglas para la «*aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas*».

La cuestión no es de menor importancia dado que, un sector de la doctrina española, entre los cuales se destaca Adán Nieto Martín ⁷⁶, sostiene que la reforma del año 2010 ha introducido la responsabilidad penal directa de la persona jurídica en sí misma en el art. 31 bis CP y ha conminado verdaderas penas para ella en el art. 33.7.

El mencionado autor sostiene que una interpretación sistemática del art. 31 bis CP permite advertir que este texto establece una responsabilidad o culpabilidad propia de la persona jurídica: ésta responde cuando no ha adoptado las medidas de organización necesarias para prevenir y detectar la comisión de hechos delictivos por parte de sus empleados. Responde de este modo por un hecho propio, su propio defecto de organización, y no derivado de la actuación de una persona natural. Agrega que el punto más débil de esta teoría podría ser que es excesivamente indeterminada: ¿qué es organizar bien una empresa para que no se cometan hechos delictivos en su interior? Responde que este problema está, en parte, desde hace algunos años solucionado por el Derecho Administrativo que en materias tan importantes como la protección de la seguridad del trabajador, del medio ambiente, el mercado de valores, la seguridad alimentaria, el blanqueo de capitales, etc., a través de lo que se ha dado en llamar «autoregulación», establece la obligación de las empresas de adoptar medidas cuyo fin es similar a las medidas de organización que requiere la responsabilidad de las personas jurídicas. Por otro lado, en la práctica empresarial desde hace algún tiempo y por influencia del Derecho norteamericano son conocidos los *compliance programs*. Es más, cualquier empresa bien organizada tiene una numerosa normativa interna (protocolos, normas de conducta, códigos, etc.) cuya confección responde a una metodología análoga a la que se utiliza para crear medidas de control tendentes a impedir hechos delictivos de los subordinados.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina española tradicional, en la cual se ubica Diego-Manuel Luzón Peña ⁷⁷, basándose en la imposibilidad de apreciar en la persona jurídica culpabilidad, entendida como reprochabilidad individual, niega la capacidad de delinquir de las personas jurídicas en sí mismas, aunque admite que, tras la introducción en los arts. 31 bis, 33.7 y concordantes CP, de responsabilidad penal y sanciones denominadas penas para personas jurídicas, «ha aumentado el sector que considera que la persona jurídica sí puede delinquir».

El renombrado catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares ⁷⁸ enseña con claridad que, pese a la reforma de la LO 5/2010 de «*responsabilidad penal*» para las personas jurídicas y de «*penas*» para las mismas, realmente las personas jurídicas en Derecho español siguen sin cometer delitos, que como reconocen los párrafos 1º y 2º del ap. 1 y los aps. 2 y 3 del art. 31 bis son cometidos por las personas físicas que actúan en el seno de las jurídicas; que sigue rigiendo el principio *societas delinquere non potest*, o sea que las personas jurídicas no tienen capacidad para delinquir porque no realizan una acción humana, con auténtica voluntad propia y por ello tampoco pueden ser «sujeto activo» del delito, como sigue reconociendo toda la regulación del art. 31 que regula la actuación en lugar de otro.

Tales reflexiones son aplicables al proyecto de ley aprobado por el Senado argentino que en varias disposiciones expresamente se refiere a la «*persona humana que cometió el delito*» (art. 2º, último párrafo), a las «*personas humanas autoras o partícipes del hecho delictivo*» (art. 4º), a la «*persona humana que hubiere intervenido*» (art. 6º).

Agregamos que el art. 6º del texto proyectado por el Senado --bajo el rótulo «*Independencia de las acciones*»-- expresa: «*La persona jurídica podrá ser condenada aún cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica*». Esta disposición tiene semejanza con el art. 59.3 del AP 2014, para el cual también será «responsable» la persona colectiva, aunque el hecho no redunde en su beneficio o interés, «*si la comisión del delito hubiere sido posibilitada por el incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión*».

Ello no significa que tales deberes --cuya inobservancia puede configurar culpa «*in vigilando*»-- incumban a la persona de existencia ideal y, por ende, pueda existir un hecho propio de ella,

atribuible a su « *defecto de organización*». Resulta claro que tales obligaciones sólo pueden corresponder a las personas físicas que --por su función de órganos del ente corporativo-- tienen que controlar la conducta de sus subordinados para evitar la comisión de delitos.

Sostenemos que el texto aprobado por el Senado propone un sistema vicarial de responsabilidad penal de la persona colectiva, por los delitos expresamente establecidos en el art. 1º, cometidos por sus órganos y empleados. Al respecto, acudiremos a la clara explicación de Nieto Martín ⁷⁹: se debe «utilizar la teoría de la representación que desde hace siglos opera en el derecho privado. En el derecho de sociedades a las personas jurídicas les son imputables los comportamientos de sus órganos, es decir, de sus administradores, por lo que lo mismo habría que hacer en el derecho penal. Recurriendo a una imagen antropomórfica de la persona jurídica se indica que sus administradores son como su cerebro y sus manos. ...Al igual que en el derecho privado, la voluntad del órgano se traslada o --para otros-- es la de la persona jurídica, en el derecho penal la acción, el dolo o la culpabilidad de la persona jurídica sería la de la persona natural que actúa como órgano de la misma. A esta forma de imputación se la llama " *modelo vicarial*" e implica que la persona jurídica responde automáticamente cuando un representante ha cometido un delito, en su provecho, actuando dentro del marco de sus funciones empresariales».

III. CONCLUSIONES PROVISORIAS

En espera que el Congreso de la Nación se expida acerca del proyecto de ley sobre el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, podemos arribar a las siguientes conclusiones provisorias respecto del texto aprobado por el Senado.

a) No resultan claros los motivos de la premura del embate reformista que se analiza en el Poder Legislativo y que tuvo origen en el proyecto elaborado en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y fue enviado al Congreso por el Presidente el 20/10/16, que postula la sanción de una ley complementaria del Código Penal para introducir un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas por delitos de corrupción pública. Ello es así más aún si tenemos en cuenta que en el ámbito de la misma cartera ministerial se encuentra trabajando desde hace varios meses una Comisión designada por el decreto n° 103 del P.E. ⁸⁰, integrada por prestigiosos juristas, magistrados judiciales y representantes del gobierno, a la cual se le ha fijado el plazo de un año para elevar un proyecto de reforma integral al Código Penal argentino, comisión que --según lo han explicado algunos de sus miembros en el panel que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba el día 15 de septiembre de 2017-- ⁸¹ habría consensuado la necesidad de la recodificación penal, mediante la incorporación al Código de las normas de contenido penal dispersas en leyes complementarias y especiales y en leyes sobre diversas materias no penales.

b) La mayoría de las últimas y espasmódicas reformas, que han acentuado la alarmante pérdida de sistematicidad de la legislación penal argentina, originada en una improvisada política criminal, han tenido su origen en recomendaciones de organismos internacionales como el FMI, GAFI, OMC, OCDE, etc. En el caso del proyecto que analiza el Congreso, en el mensaje de elevación del proyecto del P.E. a la Cámara de Diputados de la Nación se propone «adaptar el sistema penal argentino en materia de delitos de corrupción contra la Administración Pública y el soborno transnacional a los estándares internacionales a los cuales la República Argentina se ha obligado al adherir a la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Dicha convención, firmada en el ámbito de la Organización para la Cooperación y Desarrollo (OCDE), el 17 de diciembre de 1997, fue aprobada por el Honorable Congreso de la Nación por Ley N° 25.319 (BO 18/10/2000) y entró en vigor para la Argentina a partir del 9 de abril de 2001...». En esa línea, el miembro informante del dictamen de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado, Ernesto Martínez, en la sesión del 20/9/17, expresó: «...Se tuvo en cuenta la media sanción de Diputados y se procuró, fundamentalmente, teniendo en consideración la opinión de los especialistas y el examen de derecho comparado, tanto de Francia, España y Chile y la opinión ...--de la delegación y los expertos de la OCDE que plantean como exigencia para el ingreso de nuestro país a esa entidad la existencia de una norma de este nivel, fue recogida para redactar este despacho del modo que sucintamente traté de sintetizarlo ...». Concluyó diciendo que ello es «lo que específicamente necesita Argentina para ingresar en un organismo internacional».

c) Concuero con la opinión de Javier Augusto De Luca en su ponencia ⁸² presentada en el evento científico que tuvo lugar en nuestra ciudad el mes pasado, cuando expresó: «La situación de control mundial es aceptada por los representantes políticos y gobernantes sin tamices y así se genera un

incremento de la normativa en un sinnúmero de actividades económicas y financieras. El resultado es que los Estados ya no son enteramente soberanos para decidir sobre sus políticas económicas y criminales».

d) A pesar de los razonables cuestionamientos doctrinarios basados en su tensión con principios constitucionales, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en sí mismas y las sanciones aplicables a éstas, han llegado para quedarse en la legislación de los países de la órbita del Derecho continental europeo, entre los cuales nos contamos.

e) El criterio de imputación de responsabilidad penal de las personas colectivas no radica en una supuesta culpabilidad corporativa por su defecto de organización, ya que una empresa puede tener una organización defectuosa y no haber generado la comisión de delito alguno; y viceversa, puede contar con una perfecta organización que sirva de pantalla a la comisión de delitos desde el ente de existencia ideal⁸³. Por el contrario, se trata de un « *modelo vicarial*» de imputación porque implica que la persona jurídica responde automáticamente cuando un representante suyo ha cometido un delito, en provecho de la empresa, actuando dentro del marco de sus funciones.

f) Aunque se acepte la responsabilidad penal de la persona jurídica, ella no debería agotar la responsabilidad de las personas físicas que en su función de órganos de aquélla adoptaron decisiones, aunque no estén identificados, toda vez que la responsabilidad penal del ente corporativo no es accesoria ni subsidiaria de la responsabilidad individual, sino independiente de la misma; lo que no excluye que sea complementaria y no sustitutiva de la sanción por el hecho individualmente cometido en el marco de la persona jurídica y en su beneficio. Por ello, postulamos incluir en el Código Penal la cláusula de la actuación en lugar de otro, para cubrir las lagunas de punibilidad en los delitos especiales propios cuando sean cometidos por las personas físicas que actúan como órganos de las personas de existencia ideal que no reúnan los requisitos específicos exigidos para ser considerados autores de esa clase de delitos.

g) Los « *programas de integridad*» (arts. 22 y 23 del proyecto del Senado) que podrán regular las personas jurídicas y que se prevén como « *condición para poder contratar con el Estado Nacional*» (art. 24) deberían obligar a respetar los estándares internacionales de derechos humanos y, por supuesto, del Derecho Penal nacional. No sería correcto considerarlos *ab initio* --de manera simultánea con la denuncia espontánea del delito y la devolución del beneficio indebidamente obtenido, según lo dispone el art. 9º del texto proyectado-- como una causal de exención de pena de la persona jurídica y menos de las personas físicas que las representan y administran, por cuanto las reglas de incriminación penal no pueden depender de normas internas de las empresas para prevenir delitos, pues ello significaría consagrar una suerte de privatización de la justicia penal⁸⁴; en todo caso, deberían valorarse para la atenuación de las sanciones aplicables. Frente a la designación de oficiales de control de cumplimiento de esos programas, sean externos o internos de las sociedades, cabe preguntarse: ¿quién controla a los controladores? La respuesta correcta --según el dicho popular-- sería que «el zorro no puede ser dejado al cuidado del gallinero». Por ello, es irrenunciable el control judicial para evaluar si la empresa ha implementado un « *sistema de control y supervisión adecuado*» (art. 9º inc. b), para lo cual el órgano jurisdiccional debería contar con el auxilio técnico de un equipo interdisciplinario de especialistas.

Delito de «cohecho electoral»

Lorenzo Morillas Cueva

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Granada

I. CUESTIONES PREVIAS

El Capítulo VIII, del Título primero de la vigente Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, modificada con cierta intensidad por la LO 2/2011, de 28 de enero, en su sección 2ª, acoge los delitos electorales --artículos 139 a 150-- a los que no define⁸⁵ expresamente sino que se limita a enumerar y describir su contenido, sin una apreciable ordenación sistemática⁸⁶, en la que se entremezclan y, a veces, solapan conductas cometidas por particulares y por funcionarios públicos, delitos electorales «puros» y otros referenciales. A pesar de esta desordenada estrategia legislativa, la doctrina los suele clasificar en delitos electorales cometidos por funcionarios y los realizados por particulares y en ellos los propiamente electorales (artículos 139 a 145) de los producidos dentro de un proceso electoral, con identidad nominal y de objeto específico pero con parecido fundamento a delitos comunes acogidos como tales en el Texto punitivo general. Estos últimos, en el que voy a

integrar mi estudio --nuevamente he de aludir a las dificultades de cualquier ordenación al respecto--, abarcan los artículos 146. 1 a) (cohecho electoral), b) y c) (coacciones electorales), 146.2 (agravación para funcionarios públicos), 147 (alteración del orden en acto electoral versus desórdenes públicos electorales), 148 (agravación de los delitos de calumnia e injuria cometidos en campaña electoral), 149 (falsedad de cuentas) y 150 (apropiación indebida de fondos electorales). Fundamental atención en este escrito voy a prestar al delito de «cohecho electoral» del artículo 146.

Aunque es frecuente entre los autores que han tratado el tema incluir las conductas acogidas por el artículo 146 bajo la cobertura genérica de coacciones electorales, sobre todo con respecto a la regulación fijada por el anterior Real Decreto Ley 20/1977, de 18 de marzo, es posible y hasta conveniente matizar el contenido del número 1 en su letra a) más próximo a una especie de cohecho electoral ⁸⁷—, aunque asimismo discutible como tal, en cuanto al cometido por particular sobre particular ⁸⁸—, que ha llevado a ser clasificado, no sin razón, como delito de cohecho y de coacciones electorales ⁸⁹—, más cuando, como ha expuesto CRUZ BLANCA, el susodicho artículo 146 acoge no solo el triplete de conductas descritas en las letras a), b) y c) realizadas por particulares sino que las mismas si lo son por funcionarios públicos en el uso de sus competencias serán igualmente castigadas con las penas señaladas para aquellas, además de la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a tres años, como consta en el número 2 del reiterado precepto 146 ⁹⁰—. Se da, en consecuencia, la doble posibilidad de ubicación delictiva en cuanto a los sujetos, si bien por la forma de tipificar parece pensarse fundamentalmente en los particulares, a los que luego se añade la susodicha cláusula general integradora también de los funcionarios públicos aunque con el matiz que los acerca más a la esfera de lo particular de que «usen de sus competencias para algunos de los fines señalados en este artículo», lo que viene a significar que el funcionario público no lo ha de realizar en el ejercicio de sus funciones sino en el uso de ellas para, cabe entender, los objetivos particulares del resto del artículo. Ciertamente es que al referirse al sujeto activo no se hace expresamente ni a funcionario público ni a particular, como explicitan otros preceptos cuando desean concretarlo --a título de ejemplo artículo 139 y artículo 141, respectivamente-- sino que utiliza el genérico «quienes», con lo que procede, en principio, cualquier interpretación ampliatoria. No obstante esta afirmación, la presencia del número 2 del citado artículo 146 asienta la idea de que en las tres variables del número 1 están referidas, inicialmente para particular, aunque compartidas en clave de agravación diferenciada con funcionarios públicos, como sujetos activos de dicha infracción. Así, al menos, lo voy a tratar en el resto de este trabajo.

II. ESPECIE IMPROPIA DE COHECHO ELECTORAL

Tal como he advertido el artículo 146, letra a) propone una híbrida figura entre el cohecho y coacciones electorales, sin ser expresamente ninguna de las dos modalidades, más de la primera que de la segunda ⁹¹—. Sus antecedentes más remotos cabe encontrarlos de forma especialmente genérica en la Leyes electorales de 1878 --artículo 127.5--, 1890 --artículo 92.1-- y 1907 --artículo 69.1-- ⁹²—. Es el RDL 20/1977 el que incorpora una redacción prácticamente igual a la actual en el artículo 86.1.1º. y que reproduce la LO 5/1985. La reciente reforma de esta última producida por LO 2/2011 únicamente cambia el plural de «recompensas» por el singular.

He de partir en la estructuración sistemática de este análisis de que, con carácter general, el bien jurídico protegido en los delitos electorales es el derecho, constitucionalmente proclamado --artículo 23-- , al sufragio ⁹³—, esencia y fundamento del Estado social y democrático de Derecho; en lo que se refiere a la concreción de dicha tipología cabe situarlo más expresamente en la protección de la libertad de los electores en cuanto al proceso motivador del sentido de su voto o en palabras de ORTIZ BERENGUER en la tutela de la libertad individual concretamente en lo que hace a la libertad de elegir, de acuerdo con los propios dictados sobre en qué sentido va a pronunciarse el voto ⁹⁴—. En todo caso, se trata precisamente de la libertad de elección activa como parte del susodicho derecho de sufragio, cuyo titular directo es el sujeto individual que se ve afectado por semejante presión, pero cuyo depositario de tal tutela jurídica es el propio Estado y en última instancia la misma sociedad democráticamente organizada.

La dual presentación de la conducta típica se hace de manera polivalente, algo habitual en estas infracciones, sobre dos variables: solicitar e inducir. La primera de ellas generalmente se entiende como pedir o buscar algo en el sentido de pretender el voto de algún elector, por los medios y formas en el tipo indicados. Tal versión, interpretada así anteriormente por mí mismo ⁹⁵—, me parece

demasiado ecléctica, ya que si se acude al Diccionario de la Real Academia Española (DRAE) puede comprobarse, en esta su primera acepción, estar dirigida a pretender algo con diligencia o cuidado, lo que no es el caso en la forma en que está redactada la letra a) del número 1 del estudiado artículo 146. Mejor es asimilarla, incluso cambiarla *de lege ferenda*, por otras versiones más contundentes como requerir o instar, cuya adecuación al significado del tipo se me antoja como más convincente. El objetivo de tal conducta ha de ser el voto de algún elector, obviamente en la manera requerida por el sujeto activo, en la que cabe incluir no ya el voto a un determinado partido o persona, que será posiblemente lo cuantitativamente fundamental, sino también el voto en blanco o nulo ⁹⁶.

La segunda, como, en lenguaje usual, instigar, persuadir o mover a uno a algo; aquí, instigar a la abstención. No es sencillo identificar esta forma de inducción, como hacen algunos autores ⁹⁷, con la estimada por el legislador español como forma de participación delictiva en el artículo 28 a) los que inducen directamente a otro o a otros a ejecutarlo --el delito--, precisamente por esto último ya que en dicha modalidad punitiva electoral no se induce a la comisión de una infracción delictiva sino a una abstención en una votación y además puede hacerse de manera directa pero asimismo indirecta. Aclarados estos puntos de distinción entre ambas, sí cabe utilizar conceptos doctrinales, con el corte de lo no participado por ellas, para fijar una definición más adecuada desde el punto de vista del Derecho penal, aunque sin la pérdida de la perspectiva con que está tratado este precepto electoral en el que se comparten los verbos solicitar e inducir, con lo que parece producirse una cierta aproximación conceptual. Así, y de la mano de MIR PUIG ⁹⁸, concreto la reiterada inducción electoral como causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante un influjo psíquico, motivado por alguno de los medios descritos en la precitada letra a) del artículo 146.1, en otro, de la resolución por parte de éste de una conducta de abstención en un proceso de votación electoral.

Como he señalado con cierta reiteración las dos conductas típicas indicadas caben ser cometidas tanto de forma directa --que se encamina derechamente a una mira u objeto (DRAE), en este contexto más matizable como la realizada por el propio autor sobre el sujeto pasivo-- como indirecta --dicho o medio de que alguien se vale para no significar explícita o claramente algo, y darlo, sin embargo, a entender (DRAE).

Llegados a este punto de la valoración interpretativa es prudente introducir algunos matices jurisprudenciales de gran interés y lo haré, fundamentalmente, que no de manera exclusiva, sobre la importante STS 731/2012 ⁹⁹, de 25 de septiembre, cuyos hechos probados pueden ser resumidos de la siguiente manera: ante la proximidad de las Elecciones Locales que se iban a celebrar y se celebraron el 25 de mayo de 2003, algunos miembros de la Corporación Municipal del Ayuntamiento de F., en concreto el acusado Bienvenido, mayor de edad y sin antecedentes penales, Alcalde Presidente de la misma, y la coacusada Trinidad, Concejal junto a algunos militantes del PP, que no son objeto del presente enjuiciamiento, pusieron en práctica un plan con el fin de obtener votos para su candidatura. Consistía, en que usando éstos sus propias competencias como Alcalde y como Concejal respectivamente y al menos en un caso concreto sin la observancia del procedimiento establecido en las Bases Generales para la contratación de personal laboral temporal del Ayuntamiento de F., en ofrecer, por sí mismos o por terceros interpuestos, a personas interesadas en obtener un empleo en dicho Ayuntamiento la posibilidad de conseguir un contrato de trabajo eventual, que luego se realizaba o firmaba por el citado Alcalde, o conseguir así determinadas prestaciones consistentes en ayudas en comida u otras, solicitando y consiguiendo directa o indirectamente a cambio de ello que las personas que querían trabajar en el Ayuntamiento y familiares de éstos les entregaran la documentación completa y necesaria que emiten las autoridades electorales para conseguir de este modo votar finalmente por correo, en lugar de los ciudadanos titulares del voto, a favor de la candidatura del PP de F. 2. Así, algunos vecinos del Municipio accedieron a las pretensiones de los citados acusados, entre otros, los siguientes: P., quien a cambio de votar por correo a dicho partido fue contratado por el Ayuntamiento el 21-4-2003 como auxiliar de mantenimiento de vías públicas. G, a la que el 9-5-2003 se la contrató como limpiadora después de haber entregado toda la documentación necesaria en relación al procedimiento completo del voto por correo para que su voto fuese al mencionado partido. M., quien, ante la expectativa generada por la acusada T. de que le iban a proporcionar un puesto de trabajo eventual en el Ayuntamiento a cambio de su voto entregó toda la documentación necesaria del procedimiento completo del voto por correo para que éste fuese a parar a dicha candidatura, si bien, finalmente, M. no fue contratada por el Ayuntamiento. Igualmente, la acusada Trinidad, el día 29-4-03 o el día 30-4-03 abordó a A. en la calle cerca de la puerta del domicilio de la propia acusada, en el mismo edificio de la sede local del PP del municipio de F.,

solicitándole el DNI suyo y el de sus padres para obtener así su voto por correo y destinarlo al PP a cambio de un puesto de trabajo en el Ayuntamiento de dicha localidad, a lo que A. se negó ¹⁰⁰.

Volviendo al estudio de la descripción típica del artículo 416.1, a) en la que nos encontramos, la expresada STS 731/2012 hace alusión a las modalidades directa o indirecta señaladas anteriormente cuando expresa ante la alegación de la parte recurrente en el sentido de que su defendido personalmente, es decir, directamente, no realizó requerimiento alguno, de los descritos como probados, a electores determinados, que la autoría de esta infracción se puede hacer tanto por el que la realiza directamente dirigiéndose personalmente al requerido como por quien lo hace a través de otro, esto es indirectamente por persona diferente pero con idéntica finalidad.

Pero, además, y desde otra perspectiva ahora la del propio sujeto elector, no cabe plantear la hipótesis sobre que la recompensa o dádiva solamente resultaría típica si el beneficiado es precisamente quien es elector y no un tercero, por lo que no hay delito si aquel es solamente familiar de quien se beneficia de la oferta, esto es, se excluiría del tipo la solicitud indirecta realizada a través de otra persona, que puede ser incluso beneficiario, distinta al elector. También aquí es contundente, y no sin razón, la sentencia en cita cuando afirma que «lo relevante es que un elector (algún elector, dice el precepto penal especial) ve como es solicitado para que emita el voto en determinado sentido, coincida o no con su voluntad, influyendo espuriamente en ésta, con recompensa, dádiva o remuneración, que, con la solicitud de voto, se efectúa, bien a favor del mismo elector, bien de cualquier otra persona, si esa remuneración, recompensa o dádiva puede influir, forzándola, en la voluntad del titular del derecho de voto».

Las conductas anteriormente aludidas, sean realizadas de forma directa o indirecta, no son por sí mismas delictivas, para ello han de cometerse a través de uno de los medios descritos en el tipo:

recompensa, dádivas, remuneraciones o promesas ¹⁰¹. Semejante afirmación la interpreto extensible, como ya he advertido, a las dos formas de conducta planteada y no solo a la de solicitar sino también a la de inducir. Así lo entiende la SAP de Vizcaya 633/2010, Sección 2ª, de 7 de octubre, al valorar la conducta de un grupo de personas --que a sabiendas de no haber hecho el preceptivo trámite de comunicación administrativa para la celebración de un acto electoral y de que el día de la votación estaba prohibido llevar a cabo cualquier acto destinado a la captación de sufragios, jornada en la que se celebraban elecciones generales, acudieron al colegio electoral sito en el Colegio L. de Mungía portando carteles en los que estaba escrito el lema «ABSTENZIOA GAUR»-- como no típica en cuanto «no se realiza mediante la recompensa, dádiva o promesa en relación con el artículo 146.1.a) de la LOREG, lo que ya nos indica, en una interpretación sistemática y lógica del precepto, que solicitar la abstención sin ningún condicionante, al margen del momento en que se realice, no es constitutivo de infracción penal salvo que concurren esas circunstancias cualificadoras como son la mediación de algún tipo de promesa o recompensa por quienes inducen a ella» ¹⁰². Argumenta tal atipicidad en la propia vigencia de certeza de la norma penal que impone el principio de legalidad especialmente relevante en el ámbito punitivo, «de suerte que no se puede sancionar penalmente a quien no haya realizado un hecho previsto como infracción criminal en un texto legal. Por lo tanto, desde tal perspectiva hermenéutica debe rechazarse cualquier interpretación extensiva de los términos jurídicos para sancionar determinados hechos como los que han sido objeto de enjuiciamiento».

Recompensar es retribuir o remunerar un servicio --en este caso el servicio es el voto en una determinada dirección o la abstención--. El significado de remunerar es muy semejante, por no decir igual, al de recompensar --el DRAE en su primera acepción, lo equipara a recompensar, premiar y en una segunda a retribuir, como recompensar o pagar--. Dádiva en un sentido estrictamente gramatical es dar algo como merced, pero el propio DRAE, inmediatamente, sitúa la acepción en la línea que estoy planteando al incorporarla con el verbo acometer --con dádiva-- como «intentar o pretender cohecho o soborno»; en consecuencia con lo anterior, la amplitud del concepto dádiva lleva a una clara y evidente extensión del tipo, el cual podría refundir las tres formas en una, que bien puede ser la de dádiva, a pesar de los escollos para su concreción.

En este último sentido la jurisprudencia española ha sido proclive en manifestar tales dificultades, sobre todo en relación con el delito de cohecho, a pesar de utilizar muy mayoritariamente la referencia a la dádiva para conjugar el indicado tipo, a veces unida a la de regalo ¹⁰³. Así, la STS 636/2012, de 13 de julio, observa en relación con el contenido de la dádiva que no es tarea fácil la delimitación del alcance de este precepto --se refería entonces al previgente artículo 426 del CP-- a la hora de decidir la relevancia típica de determinadas acciones. La existencia de módulos sociales

generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, obliga a un esfuerzo para discernir cuándo determinados obsequios adquieren carácter típico y cuando, por el contrario, pueden inscribirse en el marco de la adecuación social. En dicho sentido ya MUÑOZ CONDE alude a la importante función hermenéutica que la adecuación social desempeña en esta materia, por lo que presenta dos hipótesis al respecto: por un lado, las «simples» promesas de mejoras profesionales o salariales, si se ganan las elecciones o llevar a cabo una política que favorezca económicamente a determinadas personas, que «son tácticas más o menos inmorales pero de difícil conceptualización como cohecho»; por otro, respecto a algún tipo de propaganda a base de regalos publicitarios, como por ejemplo mecheros, bolígrafos, llaveros, etc. ¹⁰⁴.

Semejantes afirmaciones, sobre todo la primera de ellas, la segunda por su carácter e insignificancia es asumible, me generan serias dudas por la extensión que se le da a la teoría de la adecuación social en las hipótesis en estudio. Tanto es así que STS 731/2012 es explícita en tal apreciación cuando condena en relación al caso anteriormente narrado que, recordemos está basado esencialmente en la posibilidad de conseguir un contrato de trabajo eventual en el Ayuntamiento a cambio del voto a un determinado candidato, en este caso al Alcalde; en definitiva, de un plan sobre requerimientos de votos a cambio de contratos de trabajo u otra prebenda. Incluso responde a la parte recurrente, cuando ésta afirma que «en definitiva nada tiene de dádiva la contratación para trabajar, pues el contratado no es beneficiado al tener que desempeñar el esfuerzo de su trabajo a cambio del salario», de manera contundente al aseverar que tal aserto «no cabe sino considerarlo próximo al sarcasmo cuando se piensa en la cifra de personas que no disfrutaban de una relación laboral retribuida. Pensar que para los mismos obtener un contrato que la instaure no es una recompensa o remuneración, incluso dádiva, es irritante».

Concretado lo anterior y en continuación con los parámetros de la STS 636/2012, ello no perturba la opinión mantenida de la posible rigidez de las fórmulas generales empleadas como modalidades delictivas tanto en el artículo 146 1.a) de la Ley electoral como en los artículos 419 y 424 del Código penal, por lo que jurisprudencialmente se sugiere el empleo de expresiones concretas, entiendo que en clave de interpretación, adaptadas a cada uno de los supuestos de hecho, llegando a la afirmación sobre el supuesto que valora --inspector médico que, falseando expedientes de incapacidad y a cambio de contraprestación, convertía en beneficiarios de prestaciones por incapacidad a personas que no eran merecedoras de tal subsidio-- «es indudable que las dádivas descritas en el factum no tienen el mismo significado. Incluso es probable que algunas de ellas, en su individualizada significación, pudieran situarse en un terreno fronterizo al de la adecuación social».

Nos introduce nuevamente de esta manera en una cuestión de indudable interés y debate, como es el de la adecuación social, ya inicialmente planteada por WELZEL ¹⁰⁵ y desarrollada con posterioridad por otros autores, especialmente alemanes y que al tener especial interés en las tipologías electorales me he de detener en ella. Desde mi entender los problemas que origina en general y en el Derecho positivo español, en el que cabe incluir el electoral en su dimensión de infracciones penales, son más intensos que los resueltos a través de ella que, en verdad, son mínimos.

En tres apreciaciones voy a asentar mi posición al respecto. La primera, la confusa y notable desorientación que presenta desde el punto de su ubicación sistemática en la teoría jurídica del delito, en cuanto no termina de definirse donde está mejor ubicada si dentro de la atipicidad o de la exclusión de la antijuricidad. El propio WELZEL se mostró dubitativo y no le importó reconocer que primero la asumió como causa de atipicidad, después las incluyó como causas de justificación, para volver al espíritu inicial de no tipicidad «pues como ámbito normal de libertad de acción social se diferencia la adecuación social de las causas de justificación porque éstas conceden también una libertad de acción, pero de naturaleza especial; se trata de un permiso especial, de una autorización para realizar acciones típicas, es decir, socialmente adecuadas» ¹⁰⁶.

Necesario es afirmar que la cuestión no es fácil de solucionar y depende, si como tal se acepta, que no es mi caso, del concepto de tipicidad del que se parta, de su diferenciación con las causas de exclusión de la antijuricidad o de si actúa en el ámbito de la tipicidad o en la falta de lesividad. Esta última opción parece teóricamente desaconsejable porque generaría la necesidad de estimar una fuente extralegal de justificación o ir a la 7ª del artículo 20 --el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo-- con lo que perdería toda su capacidad de presencia autónoma, para complicar todavía más su presencia interpretativa en las infracciones electorales.

Por la segunda, muestro dos adjetivizaciones conceptuales entrelazadas entre sí y directamente

relacionadas con la fundamentación anterior: indeterminación y heterogeneidad. Con aquella hago referencia a la ambigüedad que supone la utilización del término sociabilidad de la conducta realizada. No es sencillo delimitar el ámbito y alcance del núcleo esencial de semejante postura. ¿Con qué criterios se han de fijar las acciones socialmente adecuadas? ¿Lo es la propuesta de un puesto de trabajo a cambio de un voto o lo es el regalo de un llavero del partido X a los ciudadanos que van a un mitín en el que se va a pedir el voto para dicho partido? ¿Cuál es el ámbito «normal» de la libertad de acción social? Las respuestas son opacas sobre todo cuando se ponen en relación con criterios de valoración jurídica que previamente han tenido que ser evaluados en su dimensión social hasta llevarlos a la tipicidad. Ciertamente se puede aceptar que el tipo es la tipificación del injusto, como marcaba WELZEL, y que por ello nunca ha de señalar acciones socialmente adecuadas, mas esto es un problema de técnica legislativa, de selección de bienes jurídicos y de su necesaria intensidad conculcadora para ser elegidos en su protección penal. La remisión al desvalor social es consustancial al injusto y, en consecuencia, al consolidarse como su fundamento material, la afirmación de que la acción socialmente adecuada es atípica no tiene mayor significado que fortalecer la anterior afirmación. De semejante dificultad interpretativa se deriva, como consecuente, la diversidad de los casos con posibilidad de aplicación en la adecuación social según sus partidarios y sobre lo que MAURACH-ZIPF no han dudado en afirmar que desde un principio, desde WELZEL, que pronto se vio desbordado por posiciones más expansivas, la discusión ha estado sobrecargada por ejemplos no precisamente afortunados y por numerosos malentendidos ¹⁰⁷.

La tercera se desliza sobre la idea crítica de que la tesis de la adecuación social se instala sobre vaguedades alejadas de la realidad jurídico-penal. Quiero decir con esto que en clave punitiva lo que interesa es si la conducta realizada está prevista en un tipo penal. La esencial perspectiva de la adecuación social de afirmar que la práctica del deporte, las relaciones sexuales consentidas entre adultos, el aconsejar viajar en avión, el conducir un vehículo, el pedir el voto para unas elecciones, son conductas realmente normales en comunidad no aporta mucho dada su obviedad. Lo que interesa desde el punto de vista de la aplicación del Derecho penal es la valoración de no adecuación social de algunas de estas acciones sobre específicas e individualizadas conductas humanas previamente tipificadas. Es complicado de asumir que socialmente se imponga una conducta de reconocimiento general y luego, o al mismo tiempo, se contenga en un tipo penal, estructurado sobre valoraciones sociales y con respeto a los principios básicos del Derecho punitivo en un Estado democrático y de Derecho, entre ellos el de legalidad, intervención mínima, culpabilidad, seguridad jurídica, etc. La incongruencia parece manifiesta y la desigualdad en las apreciaciones subjetivas relevante. No deja de sorprender que se pueda llegar a la incoherencia de sostener legalmente la tipicidad de determinados comportamientos que, con posterioridad, se han de mostrar como no punibles por no típicos, por no inadecuados socialmente.

Fijado mi alejamiento conceptual en relación a la teoría de la adecuación social ¹⁰⁸ y a sus efectos perturbadores en el ámbito punitivo, incluidas las infracciones electorales, en especial las referidas en este epígrafe, cabe y es conveniente al mismo tiempo ofrecer otras vías de solución a las hipótesis cercanas a esta idea. En tal sentido, por ejemplo, ROXIN, desliza sus planteamientos hacia el riesgo jurídicamente irrelevante o permitido y, sobre todo y acertadamente, hacia métodos de interpretación restrictiva orientada al bien jurídico que evitaría la invocación indiferenciada a la adecuación social de dichas acciones con los peligros que ello conlleva y que he puesto de manifiesto a lo largo de esta exposición ¹⁰⁹. En parecida línea se muestran MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN a rechazar el criterio de la adecuación social como causa de exclusión del tipo aunque mantenga toda su vigencia como manera de interpretación y crítica del Derecho penal vigente ¹¹⁰. En todo caso, el esfuerzo hay que realizarlo coherentemente en el juicio de valor previo que supone la selección de conductas que han de ser típicas para el legislador correspondiente, sobre la base innegociable de acatamiento al principio de intervención mínima del Derecho penal y en aquellos supuestos donde la utilización de conceptos especialmente abiertos puedan generar dudas en su concreta aplicación --como puede suceder con la utilización dentro del artículo 146.1.a) de la Ley electoral en atención al de dádiva, remuneración o recompensa--, se ha de actuar, en estos casos, en clave de interpretación, en la mayoría de ellos de naturaleza restrictiva, para situar la idoneidad de la ofensa al bien jurídico protegido, derecho del sufragio *versus* libertad de los electores.

Junto a los medios analizados, recompensa, dádiva y remuneración, el legislador electoral incluye en la letra a) del número 1 del artículo 146, otro concepto frecuente en este tipo de delitos que hace avanzar la realización comisiva de la conducta a la pura forma, el de promesa de los anteriores, esto

es el ofrecimiento de dar recompensa, dádiva o remuneración. Así, por ejemplo, solicitud de voto para una determinada candidatura con la promesa de la construcción de un puente y ante la negativa del sujeto entrega de 30.000 pesetas como garantía de la futura realización de dicho puente, lo que beneficiaba únicamente a fincas pertenecientes a la destinataria de la promesa y del dinero ofrecido y, por ello, suponía una ventaja o beneficio en interés particular por no tratarse de una obra pública --SAP de Orense de 30 septiembre de 1997--, promesa de remuneración de 20.000 pesetas a un matrimonio para que votarán a favor de un concreto partido y esta se llevó a cabo con el pago de la cantidad --SAP de Las Palmas 170/2001, de 30 de noviembre. Ratificada por la STS 822/2003, de 3 de junio-- ¹¹¹.

En la línea marcada, el delito se consuma con la simple solicitud del voto a algún elector o con la sola inducción a que se abstenga, en ambas hipótesis a través de uno, como mínimo, de los medios comisivos indicados; por lo que es formalmente indiferente la consecución o no del fin perseguido ya sea el logro del voto o la abstención. Posibilidades materialmente contempladas en cada uno de los sentidos por las sentencias últimamente citadas con igual conclusión condenatoria en ambas. La primera de ella, destaca la negativa final de la destinataria de la promesa hecha; la segunda, por el contrario, declara probado que accediendo el matrimonio al ofrecimiento, el día de la votación, el acusado los trasladó en su vehículo al Colegio Electoral entregando a cada uno de ellos el sobre conteniendo las papeletas de voto con la candidatura del Partido y una vez que habían emitido dicho voto los trasladó de nuevo a su domicilio, entregando a F. J. las 20.000 pesetas que en su día le ofreció. En tal sentido es contundente la citada STS 731/2012 al reiterar que «el delito imputado se consuma por el mero hecho de la solicitud. Sea o no atendida por el destinatario de la bastarda influencia. Incluso vote o no el titular de ese derecho». Cabe entonces afirmar que se está ante un delito de mera actividad, con la cual se consuma y, en consecuencia, no cabe tentativa.

Algún sector doctrinal ha planteado la duda de si en la segunda de las modalidades, es decir, en la inducción a la abstención, por el contrario a lo afirmado anteriormente, es necesario que el elector se abstenga realmente en la votación para que se consuma la infracción delictiva ¹¹². No observo distinción alguna entre ambas hipótesis para diferenciar su momento consumativo que ha de mantenerse con la conducta de solicitar, en este supuesto inducir sin necesidad de que se transforme en eficaz la voluntad para abstenerse ¹¹³.

Se está, en consecuencia, ante un delito unilateral, alejado en esta comprensión del cohecho tanto activo como pasivo --de difícil identificación en todo caso con estas modalidades delictivas en las que el carácter de funcionario público tiene una importante relevancia como receptor, solicitante o persona a la que se le ofrece la dádiva, mientras que en esta tipología electoral el papel de aquel puede ser también activo, no necesariamente, pues asimismo cabe ser cometido únicamente por particular, pero no por recibir o solicitar la dádiva sino por recabar el voto o inducir a la abstención siendo él el que ofrece la dádiva--; por el que el sujeto activo del delito es únicamente el que solicita mediante los medios indicados el voto de un elector o lo induce a la abstención y no el que, en su caso, acepta una de las dos finalidades descritas. Así lo afirmó expresamente, la ya muy lejana en el tiempo STS de 7 de noviembre de 1919 cuando indicaba que «a tenor del principio inconcuso de "*nullum crimen sine lege*" y bajo los términos de que el acusado se limitó a aceptar una dádiva, ofrecida como solicitud de su voto para un candidato a diputado en Cortes, no puede estimarse reo de coacción electoral --terminología propia de la ley entonces en vigor-- (...), ya que su cooperación no era indispensable para el delito de coacciones electorales, de la exclusiva responsabilidad del que trató de comprar el voto» ¹¹⁴.

Parece excluirse de esta manera no ya la bilateralidad del delito sino también las hipótesis de cooperación delictiva que con carácter general contemplan los artículos 28 y 29 del Código penal. Lo que no sucede obviamente en relación a los sujetos que cumplimentan la conducta típica a través de las modalidades indicadas, en las diversas formas de autoría, fundamentalmente en autoría, coautoría y cooperación necesaria, sin excluir la posibilidad de inducción. La jurisprudencia española es abierta en esta línea. Así por ejemplo sobre el supuesto de hecho contemplado por la STS 731/2012 donde participan varios sujetos sobre un plan preestablecido entre las dos personas más relevantes en su comisión, no elude afirmar acerca de la promesa previa de un puesto de trabajo en el Ayuntamiento concretado después con la correspondiente contratación, que la propia elusión del procedimiento, que implicaba convocatoria de aspirantes y control en una Comisión de la decisión a adoptar, deriva la

inferencia de que el Alcalde auspiciaba ese procedimiento porque estaba implicado en el plan de ofrecer contratos a cambio de votos. Y lo hacía consciente de la ilegalidad de la contratación que suscribía.

Además, la Sala toma como corroboración de su inferencia otra serie de datos, que, en su parecer, redundan a favor de la misma justificación de la imputación, como son: el beneficiarse como candidato de los votos así procurados, su poder dentro del partido que le confería el dominio de hecho de la situación política local, que la coacusada era persona de su máxima confianza, como deriva de los cargos que le confirió, siendo aquella coacusada la que desplegó la actividad de fraudulentos requerimientos de voto bajo promesa, por lo que, dada la condición de pequeño pueblo concurrente en F., estima la Sala, que el acusado no podía desconocer la dicha actuación de la coacusada Doña T. En dicha línea, fundamenta la responsabilidad de ambos en coautoría, en la laxitud que caracterizó las contrataciones, al menos en los casos de los contratos a los que no precedió el procedimiento exigible, solamente encuentra justificación «en el conocimiento de que con ello se estaba corroborando la previa oferta de la Concejal compañera de lista electoral y persona de su confianza. Corroboración que, a su vez, solamente resulta explicable si estaba previamente acordada entre ambos». Con tal conclusión es relativamente fácil deducir desde esta perspectiva jurisprudencial la extensión de la autoría que se realiza tanto por quien se dirige personalmente al requerido como por quien lo hace a través de otro: «y ello --como ya ha sido referido en otro pasaje de este estudio-- porque cuando el mensaje se transmite a medio de un nuncio, el emitente no es éste, sino quien se lo confía para hacerlo llegar al destinatario. Y, en el caso de que la oferta exija plurales contribuciones a favor del requerido, serán sujetos activos todos los que con tal contribución hacen posible el riesgo de torcimiento de la voluntad del elector sobornado, porque todos ellos son solicitantes del sentido de su voto».

Expuesto lo anterior como criterio acertado de nuestra jurisprudencia podría, no obstante, y en determinados casos, plantearse más que una coautoría una cooperación necesaria e incluso, en supuestos más extremos de participación no necesaria para la realización del delito, una complicidad. Piénsese en la hipótesis de un alcalde, primero en la lista electoral de su partido para las elecciones municipales, con dominio total de poder ejecutar una determinada promesa a cambio de un voto para su candidatura, que acuerda con otro miembro del partido, que no va en las listas y que no tiene posibilidad de hacer efectiva la promesa, que sea este último el que se dirija y proponga a los electores seleccionados mediante dicha promesa el voto para la lista electoral de su Partido. La cuestión ciertamente es, al menos en España, más conceptual que práctica dado que, como es sabido, el legislador español integra la cooperación necesaria como una modalidad de autoría y, por lo tanto, la pena es idéntica para ambas modalidades, no así para los cómplices a los que se fija la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para los autores --de todas maneras, como ya he adelantado, este último supuesto parece residual en la infracción penal en estudio--.

Estamos por otro lado ante delitos de comisión exclusivamente dolosa, donde difícilmente cabe incluso la realización doloso eventual. Por su propia naturaleza finalista y porque el legislador, con coherencia, no tipifica la opción imprudente, ésta no cabe ser atendida. Tal es asimismo el sentido del AAP de Sevilla de 17 de marzo de 2005 cuando afirma que la descripción del tipo exige la concurrencia bien de solicitud directa o indirecta de voto a algún elector o el empleo de medidas de presión contra algún elector con la finalidad de condicionar su voto, y la concurrencia, por tanto, de dolo específico.

Por último, las penas indicadas en el artículo 146 son las mismas para los tres supuestos del número 1º, incrementadas por la cualificación del sujeto activo en el nº 2. Así presenta una fórmula alternativa entre prisión y multa: prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses. Cuantía y variedad exactamente las mismas que se señalan para el delito de coacciones del artículo 172.1º y muy por debajo de la pena de cohecho, tanto activo como pasivo --prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses--.

«Rendición de cuentas y transparencia» como instrumentos de lucha contra la corrupción de los partidos políticos

Mª José Rodríguez Puerta

Profesor Titular de Derecho Penal

Universidad Autónoma de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN

Me honra poder participar en el libro homenaje de un compañero/maestro del que tanto he aprendido, no solo en el terreno profesional sino también en el plano personal. Juan Terradillos ha sido desde

que tuve ocasión de conocerlo, de escucharlo por primera vez ya hace algunos años en la Universidad Autónoma en uno de los primeros Congresos de alumnos de Derecho Penal que se celebraban, un referente intelectual. La forma en que se enfrenta a los temas penales, su sentido crítico y su compromiso social han presidido sus trabajos y han creado escuela. Su personalidad y su talante conciliador han hecho de él y de su obra una cita ineludible en cualquier materia penal.

Arranca mi trabajo de la conferencia que el Prof. TERRADILLOS impartió en la UAB, en el año 1994 sobre «La financiación de los partidos políticos». En esa ocasión, se refirió a la necesidad incardinar en los tipos penales de cohecho o tráfico de influencias los comportamientos corruptos (la adopción de decisiones desde la Administración a cambio de una ventaja) llevados a cabo en favor de las formaciones políticas con las que el funcionario estaba vinculado. En ese momento yo me encontraba realizando mi tesis doctoral y sus palabras me llevaron a plantearme la posibilidad de aplicar el delito de cohecho, en aquellos supuestos en los que la ventaja obtenida por el funcionario se dirigía al partido al que éste pertenecía, en la medida en que, de ese modo, obtenían ventajas el

partido y, cuantas menos indirectamente, también el propio funcionario corrupto ¹¹⁵. No imaginaba yo la actualidad de aquellas reflexiones que señalaba, ya en aquel momento, a los partidos políticos como uno de los principales motores de la corrupción en nuestro país. Desde entonces hasta ahora los acontecimientos le han dado la razón. Los escándalos políticos que se ha sucedido en nuestro país, en los que estaban implicados partidos políticos, y los informes procedentes de instancias internacionales, los han situado en el centro del debate. Se han sucedido las reformas legislativas, penales y extrapenales, dirigidas a instaurar mecanismos encaminados a evitar lo que VILLORIA denomina la corrupción política y también, aunque en menor medida, a impedir « *la captura de decisiones públicas* » ¹¹⁶. La corrupción, ha dejado de ubicarse en la actividad administrativa, o por lo menos únicamente en ese terreno, para trasladarse al ámbito político.

La corrupción política consiste, básicamente, en la «compra» de actos, la adopción de acuerdos políticos o incluso de leyes, por parte de grupos de interés, a cambio de financiar a los partidos políticos con capacidad para tomar esa clase de decisiones. Esto es, el abuso de poder se ejerce desde instancias políticas en favor de aquellos que los financian, precisamente adoptando decisiones a través de miembros del partido o personas vinculadas a ellos, que ostentan cargos en las distintas esferas de gobierno, estatal, autonómico o municipal. Esta clase de corrupción puede consistir en la adopción de actos concretos, adjudicación de obras o suministros, o en la recalificación de terrenos --por poner algunos ejemplos--, en favor de personas o empresas que ofrecen financiación al partido político al que pertenece el cargo electo o de libre designación que actúa, o en adoptar otra clase de acuerdos, aprobar normas que regulan de una determinada forma un sector de actividad --energético, bancario, de las telecomunicaciones, o de otro tipo-- que benefician a aquellos que los financian o subvencionan. En definitiva, se trata de conductas que comprometen la independencia de los partidos, cuando éstos actúan movidos por los intereses de quienes les facilitan « *dinero interesado* », y que ponen en entredicho la imparcialidad con la que debe actuar la propia Administración.

En ambos casos, pero especialmente en el segundo de los « *modus operandis* », es el propio partido el que toma las decisiones instrumentalizando en su favor aquellas instancias de poder sobre las que tiene capacidad de incidir. Así, mientras en el primero de los escenarios descritos, el funcionario o cargo electo compromete actos propios del cargo a cambio de obtener un beneficio, para él y su partido, en el segundo, la cuestión se plantea en términos más «sutiles». Es el partido el que adopta decisiones de naturaleza política encaminadas a satisfacer o compensar a empresas, o sectores económicos determinados, como «pago» por la inyección de dinero o por el apoyo de éstos en campañas o estrategias políticas. En estos últimos casos, la actuación amparada por el partido político podría ser consideradas plenamente legítima y legal si no contraviene la normativa sobre financiación de partidos políticos, que es precisamente la encargada de garantizar, entre otras cosas, que éstos actúen con independencia y que sus decisiones y políticas no responden al pago de favores económicos. De modo que, desde una óptica penal, mientras las primeras formas de corrupción

política pueden encajar en los clásicos tipos de corrupción, cohecho o tráfico de influencias ¹¹⁷, y responder por ellas tanto los sujetos individuales que actúan como los partidos políticos que se beneficiaron de las ventajas entregadas o incluso las auspician, las segundas, resultan mucho más difíciles de detectar y sancionar conforme a los tipos penales clásicos. En realidad, son expresión de un sistema de partidos y una Administración que actúa al margen del interés público (del interés general) o, cuanto menos, de una modelo de funcionamiento basado en el «clientelismo y el amiguismo» alimentado por los propios partidos políticos.

Frente a esta clase de comportamientos de los partidos, la respuesta que debe ofrecer el ordenamiento jurídico no debería ser penal, o al menos no sólo penal. Para luchar contra «la captura de decisiones públicas» por parte de los grupos de interés que financiaría o apoyan de otro modo a las formaciones políticas debe actuarse sobre la normativa que configura su sistema de financiación. Es necesario apostar por un modelo de financiación que permita establecer unos vínculos mayores y más estrechos entre estos, los partidos, y los ciudadanos basado además en la rendición de cuentas y la transparencia como principios que permiten garantizar una correcta formación de la opinión pública y la voluntad electoral, respetando, no obstante, la libertad con la que cuentan los partidos a la hora de configurar sus objetivos políticos.

II. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DEL MODELO DE FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN ESPAÑA

Para abordar esta cuestión resulta imprescindible concretar qué objetivos deben perseguir las leyes sobre financiación de los partidos políticos en un sistema democrático. En este sentido las mismas han de dirigirse a asegurar la suficiencia económica de las formaciones políticas. Sin duda, los partidos han de contar con recursos para cumplir con las importantes funciones que tienen atribuidas constitucionalmente, como instrumentos de participación política (art. 6 Constitución Española). Para ello es necesario que el Estado garantice que dichas formaciones cuentan con ingresos, y que éstos se obtienen respetando la leal competencia entre ellos, en términos de pluralismo e igualdad de oportunidades. Como instrumentos básicos de participación política debe actuar con independencia y transparencia puesto que sólo de ese modo puede lograrse una correcta formación de la opinión pública y la voluntad popular.

Sin embargo, las leyes que se ocupan en España de establecer las condiciones legales a las que han de someterse los partidos políticos en materia de financiación no han sido capaces de asegurar apenas ninguno de los objetivos señalados, a salvo del de la suficiencia económica. Ni la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG) ni la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre Financiación de los Partidos políticos (LOFPP) han conseguido concretar un marco nítido que impida la dependencia de los partidos de aquellos que los financian ni la igualdad de oportunidades entre las formaciones. Pero, sobre todo, han sido incapaces de lograr que se conozcan las finanzas de los partidos, de «democratizar la información» para posibilitar un mayor conocimiento y control «social» de las instituciones públicas y la actividad económica y financiera de las formaciones políticas ¹¹⁸. De un lado, porque, la legislación en materia de financiación no ha variado sustancialmente desde la transición democrática. Tal y como indican, entre otros, RODRÍGUEZ TERUEL *et al.* las particulares circunstancias que rodearon la transición política en España, la discontinuidad de la democracia parlamentaria y el largo periodo de autoritarismo franquista, provocaron que los pocos partidos existentes en nuestro país tuvieran una estructura débil y una base social muy reducida, la mayoría de ellos disponían de pocos recursos y tenían pocos afiliados ¹¹⁹. Estas condiciones condujeron a la adopción de un modelo basado, fundamentalmente en la financiación pública, dirigido a consolidar y dar continuidad a los partidos, olvidando, o relegando a un segundo plano, la instauración de mecanismos de protección que impidieran que el dinero, imprescindible para su funcionamiento, generara situaciones de desigualdad y de dependencia. De otro, porque las leyes de financiación, pese a las reformas coyunturales y parciales a las que se han visto sometidas, han generado espacios de desregulación que han sido aprovechados por las formaciones políticas para obtener financiación opaca o no controlada. El tiempo ha confirmado que los partidos no se controlan a sí mismos, no quieren renunciar a las ventajas competitivas que les brinda el manejo de mayores cantidades de ingresos y, para obtenerlo, recurren a vías de financiación irregulares más difíciles de controlar por el Tribunal de Cuentas e invisibles para los electores y la opinión pública.

1. La dependencia económica de los partidos vinculada al modelo de financiación determinado legalmente

La regulación en materia de financiación de los partidos políticos, sin duda, ha conseguido consolidarlos y reforzarlos, pero ello se ha hecho a costa de sacrificar otras finalidades que también debería haberse respetado. El modelo de financiación ha conducido a la *hiperestabilidad* de las formaciones políticas existentes y mayoritarias que se siguen nutriendo, sin problemas y con posos límites, básicamente de *ingresos públicos*. El modelo legal de financiación ha dificultado el acceso a

la representación política (y a los ingresos públicos) de los partidos no mayoritarios y de los nuevos partidos; en particular al vincularse la financiación con la representatividad de las formaciones en las cámaras.

Estos rasgos que resultaban plenamente asumibles cuando se adoptó esta regulación, recordemos que el origen de las actuales leyes de financiación se sitúa 1885/1987 o para algunos incluso en las Leyes de 1977 y 1978, ha generado importantes distorsiones en el sistema de partidos y ha contribuido a dificultar el control financiero de los mismos, como se comentará en el siguiente apartado. Esta situación ha provocado una clara *dependencia de las formaciones políticas del Estado*, de las distintas administraciones públicas que las subvencionan, y de las *entidades de crédito*. Se ha instaurado un sistema de «autoservicio» en el que los partidos políticos acceden a los ingresos que necesitan para financiar sus campañas electorales y su funcionamiento de forma casi ilimitada y sin tener que someterse al cumplimiento de demasiadas condiciones. Obtienen ingresos públicos y eso les permite disponer de créditos que garanticen su funcionamiento sin requerir a penas otras entradas de dinero distintas (financiación privada), tal y como se ponen de manifiesto en los informes emitidos por el Tribunal de Cuentas (TCU).

Si tomamos como referencia el último informe relativo a las Elecciones Generales celebradas en 2016, podemos apreciar que los recursos electorales con los que contaron los partidos, en más de un 50% procedían del endeudamiento bancario, en un 33% de los adelantos de subvenciones, algo más de un 15% de las aportaciones realizadas por los partidos y, no llegaron ni al 0,3%, las procedentes de recursos privados. La situación no difiere cuando se examina la procedencia de los ingresos que sirven para financiar la actividad ordinaria de las formaciones políticas que desde 2008 es sufragada básicamente con fondos públicos (el porcentaje oscila, dependiendo del periodo examinado, entre el 78% y el 73%) y con créditos bancarios ¹²⁰. Esta situación ha llevado a que, en varias ocasiones, el propio TCU haya advirtiendo del elevado endeudamiento de los partidos, indicando que algunos de ellos, presentan un claro y peligroso desequilibrio pasivo-activo. Consecuencia directa de esta dependencia de los partidos de los fondos públicos es el abandono por parte de éstos de acciones encaminadas a reforzar sus vínculos con los ciudadanos. No necesitan los recursos que estos les pueden facilitar porque ya cubren sus necesidades. Lo que garantiza su supervivencia es esencialmente mantener o alcanzar nuevas cuotas de poder en la Administración, colonizar las instituciones públicas y asegurarse así las subvenciones. No es de extrañar que en la administración, los cargos electos y de libre designación, proliferen y se politicen las instancias administrativas y los principales centros de poder público. Esta situación, como ya se señaló más arriba, hace más permeable la Administración a la corrupción política y favorece un trasbase de decisiones de la Administración a los partidos, no siempre imparcial.

Asimismo, las elevadas cifras de dinero público (tabla 1), superiores al coste anual, por ejemplo, del Congreso y Senado, ha favorecido la «*hipertrofia*» de algunos partidos políticos que disponen de estructuras organizativas cada vez más grandes y costosas que reciben subvenciones sin requerir justificar la necesidad de gasto o la eficiencia económica del mismo. Tanto a nivel electoral como ordinario, las condiciones que imponen las leyes de financiación son mínimas. Por ejemplo, en el terreno electoral los gastos electorales son sufragados en su totalidad a cargo de los presupuestos del Estado o las Comunidades Autónomas siempre que los mismos puedan encajar en alguna de las genéricas categorías de gastos subvencionales incluidas en el art. 130 LOREG y se aporte justificación de la realización efectiva de los mismos. Únicamente se exige que se mantengan dentro del límite el gasto previsto para cada formación política. La situación es semejante cuando se trata de cubrir, con dinero público, los gastos ordinarios del partido. En esos supuestos, la subvención depende mayoritariamente de los resultados electorales obtenidos, de modo que siempre que los gastos informados no superen el *quantum* de subvención que corresponde a cada formación política por escaño y voto podrán obtenerse las mismas. La LOFPP no entra a examinar ni valorar la necesidad, el volumen o la oportunidad de los gastos subvencionados con lo que tampoco se premia a aquellas formaciones que adoptan políticas de contención de gastos o que los minimizan, contribuyendo el modelo fijado legalmente, a crear unos partidos «insaciables» desde la perspectiva económica, que cada vez necesitan más recursos.

Pero si la dependencia de los fondos públicos resulta peligrosa y distorsionadora no menos lo es la de las instituciones de crédito. Tal y como se puede comprobar en la *Tabla 1*, los partidos han mantenido a lo largo de estos años una amplísima relación con las entidades financieras que les adelantan el dinero que luego, en parte, recibirían en concepto de subvenciones. Esta situación ha conducido a que, según se desprende del último informe del TCU, en estos momentos, el conjunto de

los partidos con representación parlamentaria en España, tengan una deuda contraída con los bancos superior a los 200 millones de euros, sin que la misma se haya reducido sustancialmente en los últimos años. Parece que se amortizan los créditos y se suscriben otros nuevos a una velocidad vertiginosa sin que se cierren el círculo, manteniéndose así un sospechoso e indeseable relación entre partidos y bancos. No puede afirmarse con rotundidad que ello provoque una captura de sus decisiones y que algunas de las políticas adoptados por los partidos en el poder hayan podido responder a los intereses de aquellos con los que mantienen una relación de débito. Sin embargo, sería deseable que se establecieran limitaciones para que la dependencia fuera menor y que, en todo caso, los vínculos con las entidades financieras fueran públicos y plenamente transparentes.

Los ciudadanos deben conocer estos vínculos para tomar decisiones, sobre todo a nivel electoral, y deben establecerse medidas, hasta hora tibias, dirigidas a limitarlas legalmente. Por lo que respecta a la primera de las relaciones, partidos/financiación pública, sería conveniente que las subvenciones, no otro tipo de ingresos de las formaciones políticas, fueran limitadas, sometidas a condiciones más rígidas de concesión y examinadas desde una óptica escrupulosa, como el resto de subvenciones públicas. En lo que atañe a la segunda, resulta imprescindible limitar el nivel de endeudamiento de las formaciones políticas, establecer un techo y unos requisitos para la misma. Por ejemplo, obligar a las formaciones a cancelar anualmente sus créditos bancarios, además, por supuesto, de hacerlos transparentes y someterlos a las condiciones comunes del mercado. Esto, de momento, no es así. Aunque es cierto que la reforma de 2015 de la LOFPP ha establecido algunas medidas en esta dirección que mejoran las condiciones de control del endeudamiento de los partidos, todavía falta mucha transparencia, entre otras cosas. Unos partidos políticos democráticos no pueden deberse ni al Estado ni a las entidades financieras. Para revertir esta situación sería necesario, como ya demandan algunos autores ¹²¹, revisar el modelo de financiación y plantease alternativas que permitan sortear y limitar estos dos tipos de dependencia y acercar a la ciudadanía los partidos.

2. Las lagunas legales que facilitan la obtención de ingresos privados irregulares u ocultos

Como ya se ha señalado, la legislación sobre financiación de partidos políticos, aunque se ha construido sobre la base de la financiación pública --que como vimos tampoco garantiza plenamente la independencia de estos--, también confiere un espacio, aunque reducido, a la financiación privada. En este terreno las «cautelas» todavía deben ser mayores y así ha sido tradicionalmente. Desde la primera formulación de la LOREG y la LOFPP se ha sometido, la obtención de ingresos privados, a límites cualitativos y cuantitativos para evitar una excesiva dependencia de los partidos de empresas y personas físicas que contribuyen a sufragar sus campañas electorales y funcionamiento. El riesgo de captura del Estado ha querido soslayarse imponiendo condiciones a las aportaciones privadas. Sin embargo, y pese a que las sucesivas reformas, en particular de la LOFPP de 2012 y la última de 2015, han adoptado decisiones correctas en este terreno, las lagunas y vacíos legislativos han sido aprovechados por los partidos para obtener financiación irregular y oculta.

Los múltiples escándalos políticos vinculados a la financiación de los partidos políticos han puesto de manifiesto la incapacidad de la normativa sobre financiación para evitar que los partidos obtengan ingresos por cauces extra legales. Aunque se ha procedido a limitar la cuantía de las donaciones, que ahora se sitúa en 50.000 euros para gastos ordinarios y en 10.000 euros para gastos electorales, se han prohibido las donaciones que proceden de personas jurídicas cuando se dirigen a hacer frente gastos ordinarios, no en el terreno electoral, o también, por citar algún otro ejemplo, se ha prohibido que los partidos lleven a cabo actividades de naturaleza mercantil. Sin embargo, estas medidas han quedado contrarrestadas por otras que han abierto un espacio a la obtención de ingresos fuera de control y ocultos. Entre otras decisiones en este sentido, destacan, la absoluta libertad que se reconoce a las fundaciones y asociaciones vinculadas a los partidos políticos para gestionar y obtener donaciones sin límite cuantitativo alguno o a los partidos políticos para suscribir convenios de colaboración con empresas o fundaciones sin que los mismos sean considerados donaciones o, por citar alguna otra difícil de entender, la ausencia de límites cuantitativos cuando se trata de donaciones de inmuebles realizadas a partidos y fundaciones.

La heterogeneidad de las prohibiciones, dependiendo de para qué se destinen los fondos (cuestión difícil de controlar), así como la permisividad con la que la ley trata a las fundaciones y asociaciones, que se someten a un régimen distinto y más benevolente que el de los partidos con los que están vinculadas, ha permitido que, de forma sospechosa, se reduzcan paulatinamente las donaciones privadas a los partidos (tabla 1) y paralelamente se incrementen las que se realizan a favor de las fundaciones cuyo control y transparencia son mínimos.

Para cerrar, algunas de estas «puertas traseras» sería conveniente adoptar medidas legales, por lo

menos, en una doble dirección. De una lado, homogeneizar las condiciones que permiten considerar las donaciones legales, definir el concepto de donación para que incluya cualquier beneficio o aportación al partido o la fundación tanto a nivel electoral como de funcionamiento y, probablemente, reducir la cuantía de los ingresos privados que puede realizar una persona física o jurídica por año o elección, a la vista de que éste sigue siendo muy superior al que, por ejemplo, se dispone en el Reglamento sobre financiación de partidos políticos europeos ¹²². De otro lado, debería procederse a equipar el régimen legal de partidos políticos y fundaciones, ambos actúan movidos por intereses comunes y presentan, de facto, una unidad económica. Los partidos se han valido de estos espacios « *desregulados* » para ocultar la corrupción política y dificultar todavía más su descubrimiento. Se ha aprovechado la opacidad de las donaciones realizadas a fundaciones para financiar a los partidos como pago por la obtención de una decisión favorable del funcionario vinculado al partido (un cargo electo o de libre designación, por ejemplo). De esta forma se ha facilitado el acceso del «dinero interesado» por vías no visibles y se han creado vínculos ocultos con grupos de interés, empresas o personas.

III. LOS PROBLEMAS CON LOS QUE SE TROPIEZA EL TRIBUNAL DE CUENTAS EN SU TAREA DE FISCALIZACIÓN

Las relaciones de dependencia, la compra de favores y, en general, la captura de políticas por parte de aquellos que financian a los partidos difícilmente resulta visible. En ocasiones porque los sujetos implicados en el pacto corrupto tienen interés en mantenerlas oculta, en otros casos, porque la apariencia de legalidad de las decisiones adoptadas, desde la Administración o el Estado, impide o dificulta su identificación y persecución. Pero, sobre todo, porque algunas de las formas de corrupción política, las más sutiles, no siempre se encuentra fuera de la ley. Aunque se han sugerido algunas soluciones que podrían contribuir a limitar la dependencia de los partidos políticos de grupos económicos o del Estado, la vía más adecuada para garantizar que no se produce esa indeseable «captura de decisiones» se encuentra en la implementación de medidas dirigidas a asegurar una correcta y eficiente *rendición de cuentas* y a garantizar la máxima transparencia, en lo relativo a sus cuentas y toma de decisiones. En esta tarea, sin duda, juega un papel esencial el TCU, órgano al que la Ley Orgánica del TCU (art. 1.2 LOTCU) atribuye la competencia para fiscalizar la actividad económico financiera de los partidos políticos y las fundaciones. Sin embargo, hasta el momento los resultados que se han obtenido por esta vía son escasos. Lo cierto es que la supervisión de la actividad económica de los partidos por parte del TCU ha venido lastrada por varios motivos. En primer lugar, tal y como se ha señalado más arriba, porque las condiciones fijadas por la legislación en materia de financiación no eran las adecuadas. No sólo porque permiten una relación de dependencia intensa del Estado y las entidades de crédito, como ya se ha señalado, sino también porque legalizan determinadas formas de obtención de recursos al margen de la ley; fundaciones que reciben donaciones, ausencia de límites para las donaciones de inmuebles y otros tantos agujeros que impiden al TCU entrar en esos ámbitos. En segundo lugar, porque la composición y el sistema de funcionamiento del propio tribunal dificulta su tarea. Se ha reprochado, con frecuencia, que los consejeros e incluso el personal técnico del más alto nivel, no cumplen las condiciones *de imparcialidad e independencia* necesarias para afrontar con rigor el control externo de la actividad del sector público y de los partidos políticos ¹²³. La politización del tribunal ha mermado su legitimidad y ha puesto en tela de juicio su actividad. Sería necesario despejar cualquier duda al respecto, «méritos y capacidad» deberían ser los criterios que inspiraran la selección de los componentes de este alto tribunal.

También se ha señalado que la forma en que el TCU lleva a cabo la supervisión de la actividad de los partidos, el control de sus ingresos, gastos y corrección contable de sus cuentas, no es la adecuada o no puede implementarse correctamente. El modelo empleado para supervisar la economía de los partidos es semejante al que se utiliza para controlar la actividad del sector público. Esto es, se lleva a cabo un *control de legalidad, formal (documental) y ex post*. Este sistema genera, básicamente, dos tipos de problemas cuando se proyecta sobre los partidos, que pese a cumplir funciones constitucionales básicas, no son órganos o parte del Estado. De un lado, porque el TCU para conocer el origen y la cuantía de los *ingresos privados* obtenidos por las formaciones políticas únicamente dispone de los datos (documentos económicos) que le facilitan los propios partidos y, en el mejor de los casos, de la información que le facilitan las instituciones de crédito y otras personas que se relacionan económicamente con ellos. Sin estos datos de calidad, ofrecidos por terceros, no podrá controlarse la veracidad de las aportaciones e ingresos comunicados por los partidos, no podrá

conocerse la realidad de los recursos de las formaciones políticas. De otro, porque para el *control de los gastos* y su regularidad contable, el TCU no puede llevar a cabo una fiscalización operativa o de gestión. Ciertamente al no tratarse de órganos del Estado sino de asociaciones de derecho privado, el respeto de su libertad a la hora de configurar sus objetivos, restringe drásticamente esta posibilidad. No puede el TCU entrar a valorar la racionalidad de los gastos y su adecuación a los principios de buena gestión o al cumplimiento de los objetivos de cada formación política, puesto que en este terreno los partidos disponen de una amplia libertad e independencia.

Para sortear estos déficits sería oportuno, de una parte, dotar al TCU de instrumentos que le permitieran obtener información de calidad relativa a las aportaciones privadas. Para ello sería imprescindible que, tanto los partidos como los terceros que se relacionan económicamente con ellos, se sintieran compelidos a aportarla ¹²⁴. Sin embargo, hasta el momento el TCU no dispone de mecanismos disuasorios adecuados, el sistema de sanciones por el incumplimiento de las obligaciones de colaborar (art. 19 LOTC y arts. 17 y 17 bis). LOFPP) es difuso, en unos casos, y inexistente en otros. Sin estos instrumentos sancionadores el TCU seguirá sin poder obtener la información imprescindible y sin poder sancionar los reiterados incumplimientos de aportación de datos completos y contrastables. De otra parte, debería fomentarse, en relación al control de los gastos que van a ser subvencionados, la realización de auditorías de oportunidad. Deberían someterse a controles de gestión, no de mera regularidad y legalidad, las subvenciones que se otorgan a los partidos para los gastos electorales y de funcionamiento ordinario, fiscalizándolos conforme a criterios de eficacia, eficiencia y economía ¹²⁵.

Por último, y no por ello de menor importancia, resulta apremiante que el TCU asegure « *la democratización de la información* ». Es necesario que los informes del tribunal recojan toda la información con trascendencia contable y económica, pero también aquella con valor político. Éstos deben contener información relevante que permita al Parlamento controlar la regularidad de la actividad de los partidos y a los ciudadanos conocer información veraz y significativa sobre los vínculos económicos de los partidos para poder tomar decisiones, entre otras, electorales. En esta dirección resulta adecuado que se obligue a los partidos y entidades de crédito a facilitar ciertas informaciones al TCU, entre otras, sobre la identidad de algunas de las personas que aportan recursos privados (art. 7.5(3) LOTCU) y de las condiciones y renegociaciones de los créditos, con identificación de la entidad concedente (art. 4.4 LOFPP). Aunque luego se vete otra información que también pudiera tener trascendencia política como es la relativa a la identidad de los altos cargos que aportan fondos al partido. Pero lo más grave es que esta información sigue sin hacerse pública. Ni los informes del TCU ni los partidos políticos en sus webs están ofreciendo datos, por ejemplo, de la identidad de las empresas o las personas físicas que realizan donaciones o aportaciones a los partidos o fundaciones ni, por ejemplo, de las condiciones de negociación de los créditos electorales o concedidos para el funcionamiento de los partidos. Falta transparencia incluso respecto a la información que es conocida por el propio TCU.

Estas son algunas de las propuestas que permitirían una más eficiente lucha contra la corrupción política. Sin embargo, todas ellas están avocadas al fracaso, tal y como ha señalado el Prof. TERRADILLOS «... *si no se corresponde(n) con una conciencia social colectiva identificada con los valores y principios democráticos, intolerante con presuntos servidores públicos que son en realidad palafreneros de intereses privados incompatibles con aquellos, y decidida a castigar electoralmente a los candidatos corruptos o corruptores* » ¹²⁶.

NOTAS:

¹Transparencia Internacional mencionaba ya en el Informe Global de la Corrupción de 1995 los «monumentos de la corrupción», destacándose la represa Yaciretá entre Argentina y Paraguay, en el cual 1.870 millones de dólares no cuentan con documentación legal y administrativa para justificar los gastos. También figura el proyecto del incinerador de Colonia --Alemania-- donde se habrían gastado 13 millones de dólares en sobornos, siendo el costo final del mismo de 500 millones de dólares (se puede consultar en www.transparency.org). El entramado del caso ELF es contado por la jueza de instrucción de la causa en «Impunidad. La corrupción en las entrañas del poder», Eva Joly, Fondo de Cultura Económica, 2003. El caso del ex presidente de Nigeria Sani Abacha (1993/1998) del cual se sospecha que tenía 2.500 millones de dólares en cuentas personales en otros países, llegando luego a un acuerdo en devolver mil millones a las nuevas autoridades #sdfootnote2anc"

_mce_href="#sdfootnote2anc" name="sdfootnote2sym" class="mceItemAnchor" style="background-image: url('img/items.gif');">2LaScano, Carlos (h); «Fuero especializado para la investigación y enjuiciamiento de la delincuencia económica y la corrupción administrativa», en *Delincuencia económica y corrupción*, directores Baigún-García Rivas, AAVV, Ediar, 2006, pp. 53-69.

[3](#)García Rivas, Nicolás; «Globalización y justicia penal universal: paralelismos», en AAVV, *El derecho penal frente a la inseguridad global*, Bomarzo, 2007, pp. 11-12.

[4](#)Cincunegui Juan B., Cincunegui, Juan de Dios; «*La corrupción y los factores de poder*», Fundaplan, San Miguel, 1996, p. 19.

[5](#)Nieto, Francisco, «Desmitificando la corrupción en América Latina», *Revista Nueva Sociedad*, N° 194, Corrupción y Política en América Latina, Caracas, nov-dic 1994, p. 55.

[6](#)Nino, Carlos S., *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Emecé editores, Buenos Aires, 1992, pp. 111-12. Define a la corrupción como «la conducta de quien ejerce una cierta función social que implica determinadas obligaciones activas o pasivas destinadas a satisfacer ciertos fines, para cuya consecución fue designada en esa función, y no cumple con aquellas obligaciones o no las cumple de manera de satisfacer esos fines, de modo de obtener un cierto beneficio para él o para un tercero, así como también la conducta del tercero que lo induce a o se beneficia con tal incumplimiento».

[7](#)Manfroni, Carlos, «La lucha contra la corrupción y el aporte de la universidad», *Revista Mores Maiorum*, Vol. 1, UCA, 2004, p. 10.

[8](#)Virgolini, Julio, *Crímenes excelentes: delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Del Puerto, colección tesis doctoral, 2004.

[9](#)Arland, Rodolfo, «Ética y corrupción: el dilema del nuevo milenio», Colección de documentos. Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya. www.iigov.org/documentos.

[10](#)Pegoraro, Juan S., «La corrupción como cuestión social y como cuestión penal», Delito y Sociedad, *Revista de Ciencias Sociales*, Año VIII, N° 13, 1999. Allí el autor explica la postura de Pizzorno.

[11](#)García Hamilton, *Los orígenes de nuestra cultura autoritaria*, Buenos Aires, 1990, p. 26. También se señala que el primer gobernador de Buenos Aires, Diego de Góngora, su principal actividad era abiertamente el contrabando (ambas referencias históricas son realizadas por Nino, *ob. cit.*, p. 55).

[12](#)En opinión que comparto, Fernando Rojas refiere en «La transición política en América Latina: el desafío a la imposición de la democracia formal» que el término «transición hacia la Democracia en América Latina», se acuñó en el Cono Sur (Argentina, Brasil, Chile y Uruguay), aunque es utilizada frecuentemente para cubrir todos o la mayoría de los países latinoamericanos, el significado ordinario de esta expresión difícilmente pueda comprender el proceso social y político que transcurre al norte del río Paraná. Para ver con mayor desarrollo el tema ver «La irrupción del paraestado. Ensayos sobre la crisis colombiana», compilador Germán Palacio, ILSA, Edit. Cerec, N° 28, pp. 15/31.

[13](#)Popularmente se dice: «roban pero hacen».

[14](#)Ruggiero, Vincenzo, *Delitos de los débiles y de los poderosos. Ejercicios de anticriminología*. Ad Hoc, 2005, pp. 146-47.

[15](#)Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 864-65. Ampliando lo expuesto ut supra, señala que: «En el orden lógico los dos modelos de democracia son obviamente independientes, siendo independientes entre sí los sistemas de garantías constitucionales dirigidos a asegurarlos: por una parte las reglas idóneas para asegurar, según los esquemas formales

de la mera legalidad, la manifestación directa o indirecta, de la voluntad de la mayoría; por otra, las reglas idóneas para vincular, según los esquemas sustanciales de la estricta legalidad, los objetos que no deben o deben ser materia de decisión, cualquiera que sea el sujeto llamado a decidir y sea cual fuere su voluntad». Con alcances similares es conocida la postura de Bobbio.

[16](#)Strasser, Carlos, *Democracia y desigualdad, sobre la democracia real a fines del siglo XX*, CLACSO, Buenos Aires, 1999, pp. 52-53. Desde otra visión, Atilio Borón hace referencia en «*Estado, Capitalismo y Democracia en América Latina*», Imago Mundi, Buenos Aires, 1992, Capítulo IV, al estudiar a Tocqueville, acerca del doble carácter de la democracia en sustancia social y forma política.

[17](#)En 1990, según la CEPAL el índice de pobreza era del 48,4 % y el de indigencia del 22,6%, lo que representaba 204 millones y 95 millones de personas respectivamente.

[18](#)[#sdfootnote19anc"](#) [_mce_href="#sdfootnote19anc"](#) [name="sdfootnote19sym"](#)
[class="mceItemAnchor"](#) [style="background-image: url\('img/items.gif'\);"](#)[19#sdfootnote20anc"](#)
[_mce_href="#sdfootnote20anc"](#) [name="sdfootnote20sym"](#) [class="mceItemAnchor"](#)
[style="background-image: url\('img/items.gif'\);"](#)[20](#)La CEPAL utiliza una modalidad complementaria para cuantificar la pobreza a partir de la determinación de la intensidad de la pobreza (índice multidimensional). Aclara el organismo que este indicador se obtiene dividiendo el puntaje ponderado de privaciones de los pobres en todas las dimensiones (indicadores) por el total de personas pobres. Algunos de ellos son la precariedad de la vivienda (hacinamiento, servicios, tipo de materiales, carencia de saneamiento y de energía).

[21](#)[#sdfootnote22anc"](#) [_mce_href="#sdfootnote22anc"](#) [name="sdfootnote22sym"](#)
[class="mceItemAnchor"](#) [style="background-image: url\('img/items.gif'\);"](#)[22](#)El 10% más rico de la población obtiene un tercio de los ingresos totales, mientras que el decil inferior obtiene solo el 1,2%, según datos a conocer hoy por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (Indec). Esto implica una diferencia de 25 veces, equivalente a un 2500% (<https://www.lanacion.com.ar/1973286-la-brecha-ricos-y-pobres-es-del-2500-segun-el-indec>). Fecha de consulta: 13/2/2018.

[23](#)El informe anual se encuentra en [#sdfootnote24anc"](#) [_mce_href="#sdfootnote24anc"](#)
[name="sdfootnote24sym"](#) [class="mceItemAnchor"](#) [style="background-image: url\('img/items.gif'\);"](#)[24#sdfootnote25anc"](#) [_mce_href="#sdfootnote25anc"](#)
[name="sdfootnote25sym"](#) [class="mceItemAnchor"](#) [style="background-image: url\('img/items.gif'\);"](#)[25](#)Conferencia de prensa realizada en Rosario durante el año 2004 en el marco del Congreso de la Lengua.

[26](#)Nieto, Francisco, «¿La democracia Latinoamericana puede vivir sin corrupción?», publicado en el sitio www.nuevasociedad.org.ve.

[27](#)Chomsky, Noam, diario «Perfil» del 25/10/15.

[28](#)Nino, Carlos S., *ob. cit.*; pp. 36-37.

[29](#)Méndez, Hugo A., «Desarrollo y subdesarrollo: sus significados. La corrupción como impedimento para alcanzar el desarrollo», *La Ley*, 24/2/2000, p. 3.

[30](#)El escándalo se conoció a partir que la revista «*Veja*» (22/9/2004) tituló: El escándalo de la compraventa del PTB por el PT. Salió por 10 millones de reales. Según la publicación, el PT se comprometía a pagar la suma de 150 000 R\$ a cada diputado federal del PTB, en pago del apoyo de los parlamentarios del este último partido al Ejecutivo. El incumplimiento de la promesa habría provocado la ruptura entre los dos partidos, lo que vino a culminar con la serie de denuncias de corrupción difundidas a partir de mayo de 2005, siendo el operador principal el empresario Marcos Valerio de Souza fuente: [#sdfootnote31anc"](#) [_mce_href="#sdfootnote31anc"](#)
[name="sdfootnote31sym"](#) [class="mceItemAnchor"](#) [style="background-image:](#)

url("img/items.gif");"31Señalaba Ruth Sautu al respecto que las consecuencias del testimonio del Secretario Parlamentario que informó cómo se había procedido a pagar sobornos a senadores para que votaran la Ley de Flexibilización Laboral. ¿Servirá la prueba testimonial cuando ningún otro tipo de evidencia está disponible? Son las acusaciones de Pontaquarto contra las palabras de los senadores. (*Catálogo de Prácticas Corruptas*, Lumiere, Buenos Aires, 2004, p. 76, nota 30). Tanto el ex presidente De La Rúa, junto al denunciante y otros coimputados fueron absueltos por el TOF 3 en diciembre del 2013.

[32](#)Lo «fellinesco» del caso brasileño es que en el actual gobierno del presidente Temer también se encuentran estos funcionarios con causas abiertas por actos de corrupción, incluso la mayoría de los senadores que solicitaron el impeachment de la presidenta Dilma Rousseff más de la mitad de ellos también se encuentran con denuncias y/o causas abiertas por actos de corrupción.

[33https://elpais.com/internacional/2016/08/31/america/1472649732_720732.html](https://elpais.com/internacional/2016/08/31/america/1472649732_720732.html).

[34https://elpais.com/internacional/2017/03/30/actualidad/1490890557_119151.html](https://elpais.com/internacional/2017/03/30/actualidad/1490890557_119151.html).

[35](#)`#sdfootnote36anc" _mce_href="#sdfootnote36anc" name="sdfootnote36sym" class="mceItemAnchor" style="background-image: url("img/items.gif");"36`Terradillos Basoco, Juan M., «Corrupción, globalización y derecho penal económico», en Demetrio Crespo y González Cuellar Serrano (dir.), *Halcones y Palomas. Corrupción y delincuencia económica*, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015, pp. 15-51.

[37https://www.pagina12.com.ar/61864-renuncio-el-vicepresidente-de-uruguay](https://www.pagina12.com.ar/61864-renuncio-el-vicepresidente-de-uruguay).

[38](#)También debe mencionarse la «Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales e internacionales»(OCDE) y la «Convención internacional con la delincuencia organizada transnacional» (Palermo).

[39](#)David, Pedro, «*Globalización, prevención del delito y justicia penal*», Zavalía, Buenos Aires, 1999, p. 386.

[40](#)AcalE Sánchez, María, «Delitos contra la administración pública II», en JUAN TERRADILLOS BASOCO (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, T III, V. II, Iustel, 2011, p. 157.

[41](#)Quintero Olivares, Gonzalo, «La política penal contra la corrupción: los últimos pasos», en García Rivas y M. Riquert (dirs.), *Garantías Penales en Argentina, España y sus sistemas de inserción regional*, EDIAR, 2011, p 397/403.

[42](#)Señala Agustín Gordillo («Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana contra la Corrupción», *La ley*, 1997-E, p. 1092) que contiene una suerte de revolucionario corte transversal de las instituciones de derecho administrativo. Puntualizando respecto a Argentina señala que «Estas normas modifican explosivamente el régimen de la ley de administración financiera del Estado, reforman sustancialmente los regímenes de contrataciones públicas, los deberes y facultades de los agentes públicos y entes reguladores en la tutela de los derechos de los usuarios y consumidores; alcanzan a los organismos de control .». (Gordillo, Agustín; «Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana contra la Corrupción», *La ley*, 1997-E, p. 1092).

[43](#)En Argentina se encuentra receptada en la Ley 26.683 (BO 21/6/2001) que modifica al código penal por presión del GAFI.

[44](#)Esta solución de consenso se debió --según refiere Manfroni-- a que algunos países advertían una cierta dificultad en lo que hace a su constitucionalidad, respecto a las conductas descriptas, especialmente con el enriquecimiento ilícito.

[45](#)Existe también para su consulta la «Convención para combatir el soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales» en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), firmada en París el 17 de diciembre de 1997.

[46](#)La incorporación del delito de enriquecimiento ilícito en la Convención fue a propuesta de la delegación Argentina, teniendo en cuenta que se encuentra legislado en nuestro país desde hace más de treinta años. El mismo se encuentra redactado de la siguiente forma en el art. 268 (2) del código penal: «Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho».

[47](#)El compromiso asumido por los estados para la implementación del mecanismo de seguimiento fue durante la Tercera Cumbre de las Américas, realizada en Québec en abril del 2001. Se encuentra inserto dentro del marco de la OEA.

[48](#)Un detalle de todos los organismos de control en Argentina en Baigún-Biscay «Actuación preventiva de los organismos estatales y no estatales en el ámbito de la corrupción y la criminalidad económica», en García Rivas y Baigún (dir.), *Delincuencia económica y corrupción*, EDIAR, 2006, pp. 13-51.

[49](#)Fue creada en 1999 por la Ley N° 25.233, con el objetivo de elaborar y coordinar programas de lucha contra la corrupción e investigar presuntos hechos ilícitos o irregularidades administrativas, en el ámbito del Sector Público Nacional y todo otro ente público o privado con participación del Estado o que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal. Es la autoridad de aplicación de la Ley N° 25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública y es el organismo encargado de velar por la prevención e investigación de aquellas conducta que se consideren comprendidas en la Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley N° 24.759) como así también respecto al cumplimiento de todas las Convenciones Internacionales de lucha contra la corrupción ratificadas por el Estado Nacional. Cabe señalar que la O.A. no tiene competencia para realizar investigaciones en el ámbito del Poder Legislativo, el Poder Judicial o en los organismos de las Administraciones Provinciales y Municipales.

[50](#)Algunas de ellas fueron esbozadas en Riquert, Fabián; «*Delincuencia económica y corrupción*», en García Rivas y Baigún (dirs.), *Instrumentos de Derecho Internacional Público Iberoamericano para la prevención contra la corrupción*, pp. 113-59, EDIAR, noviembre del 2006.

[51](#)Describe a este tipo de posturas Simonetti, como «visión light», señalando que conciben a la corrupción como un fenómeno autónomo, típico, de comportamiento disfuncional, cuya presencia debe ser analizada a partir de determinados niveles de tolerancia posibles, por encima de los cuales resultaría preocupante. Continúa «estas visiones superficiales traen como presupuesto algo que deliberadamente no se incluye en la discusión: la afirmación del orden establecido . La corrupción que por esta vía se intenta impugnar es sólo --y precisamente-- aquella que atenta contra el orden económico establecido». («Notas sobre la corrupción», *Revista Latinoamericana de Política Criminal*, Año 1, N° 1, Del Puerto, Buenos Aires, 1995, p. 192).

[52](#)Citado por Simonetti, José M.; «Notas sobre la corrupción», *Revista Latinoamericana de Política Criminal*, Año 1, N° 1, Del Puerto, Buenos Aires, 1995, p. 192.

[53](#)Riquert, Marcelo A, *El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado?*, Hammurabi, 2017, pp. 189/90.

[54](#)Cfr. NAIM, MOISES, *Illicit*, published by Doubleday, October 2005, First Edition.

[55](#)QUIROZ, ALFONSO, *Historia de la Corrupción en el Perú*, Lima IEP; Instituto de Defensa Legal, 2013, p. 38.

[56](#)Cfr. HAVA GARCÍA, ESTHER, «Gran Corrupción: Estrategias para evitar su Impunidad Internacional», en *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 12, N° 87, junio-diciembre 2016, pp. 60-98. Universidad EAFIT, Medellín (ISSN 0120, 8179).

[57](#)INICIATIVA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN, *Un Perú Sin Corrupción* (Documento de Trabajo), Lima, julio de 2001, p. 5.

[58](#)*Op. cit.*, p. 5.

[59](#)Las sociedades no tienen capacidad de delinquir.

[60](#)Medidas aplicables a las personas jurídicas si el delito «fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo...»

[61](#)El que bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o el de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas comerciales internacionales, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días multa.

[62](#)Es el caso de la empresa brasilera Odebrecht, protagonista de un escándalo de corrupción conocido como el caso Lava Jato, que ha impactado en 12 países de América Latina y 2 de África. Esta empresa contaba al interior de su estructura con el denominado Departamento de Operaciones Estructuradas, unidad que ha sido descrita por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, que le impuso una multa de US \$2,600 millones de dólares, como un departamento encargado de administrar los sobornos pagados sistemáticamente la empresa.

[63](#)Disputamos con Colombia el primer lugar en producción de cocaína en el mundo, tenemos una intensa actividad minera ilegal, así como serios problemas de organizaciones criminales involucradas en actividades de tala ilegal de bosques y contrabando.

[64](#)Editorial Trotta, Madrid, 1995.

[65](#)*Derecho penal de la empresa. Del Derecho penal económico del estado social al Derecho penal de la empresa globalizado*, directores Luis Arroyo Zapatero, Carlos Lascano y Adán Nieto Martín, Ediar, Buenos Aires, 2011.

[66](#)Dictamen de Comisión del 20/9/17 en Exptes. Números CD-16/17 y 17/17.

[67](#)¿Responsabilidad penal de la empresa?, en L. Arroyo Zapatero y K. Tiedemann, *Estudios de Derecho penal económico*, Cuenca, 1994, p. 41.

[68](#)*Derecho penal de la empresa*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pp. 44 y 45.

[69](#)Terradillos Basoco, Juan M., *Empresa y Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 123.

[70](#)Luzón Peña, Diego-Manuel, *Derecho Penal. Parte General*, tercera edición ampliada y revisada, B de F, Julio César Faira editor, Montevideo - Buenos Aires, 2016, n° 25, p. 67.

[71](#)Luzón Peña, *ob. cit.*, Cap. I, n° 27, pp. 69 y 70. Distinta es la opinión Cesano, José Daniel en su valioso trabajo *La responsabilidad penal de la persona jurídica en el Anteproyecto de Código penal*, publicado en «Revista de Derecho Penal y Criminología», director Eugenio Raúl Zaffaroni, Año V, número 5, Buenos Aires, junio de 2015, pp. 155 a 163) para quien se establece «una intervención accesoria con medidas sancionatorias de carácter *fundamentalmente administrativo* y sobre la base de una previa conducta individual --que puede encontrar su base en la comisión de un delito o en la falta de supervisión--; sin que esto signifique consagrar una directa responsabilidad penal corporativa».

[72](#)*Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, Buenos Aires, marzo de 2014, pp. 362 y 363.

[73](#)*Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación*, Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 135.

[74](#)«Cuando los hechos delictivos previstos en el inciso 2° del artículo 300 hubieren sido realizados con el fin de ocultar la comisión de los delitos previstos en los artículos 258 y 258 bis, se impondrá pena de prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de dos (2) a cinco (5) veces el valor falseado en los documentos y actos a los que se refiere el inciso mencionado».

[75](#)Dicha cláusula había sido prevista adecuadamente en los Anteproyectos de 2006 (art. 43) y 2014 (art. 10).

[76](#)*La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010*, en *Revista Xurídica Galega*, N° 63 (2009), viernes 11 de marzo de 2011, p. 47: «La Ley Orgánica 5/2010 culmina un largo proceso de reforma del CP tendente a introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas». Hay versión electrónica disponible en: [#sdfootnote77anc" _mce_href="#sdfootnote77anc" name="sdfootnote77sym" class="mceItemAnchor" style="background-image: url\("img/items.gif"\);"77Lecciones de Derecho Penal. Parte General](#), 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, Cap. 11, n° 36, p. 151.

[78](#)*Ob. cit.*, n° 55, p. 514.

[79](#)*La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010*.

[80](#)BO 14/2/2017.

[81](#)En el marco del XVII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal y VII Jornadas Nacionales de Derecho Penal.

[82](#)*Problemas contemporáneos de la delincuencia económica*, Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, «La reforma penal del nuevo milenio», en el evento científico ya mencionado organizado por el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 14 y 15 de septiembre de 2017, 3° Panel. Parte Especial, Delitos Económicos, inédita.

[83](#)De Luca, Javier Augusto, *Problemas contemporáneos de la delincuencia económica*, ponencia citada.

[84](#)De Luca, Javier Augusto, *ob. y lug. cit.*

[85](#)Curiosamente sí existía semejante definición en normativas anteriores, aunque tampoco en el Decreto-Ley de 18 de marzo de 1977. Hay que remontarse a los artículos 101 de la Ley electoral de 1890 y al 78 de la de 1907, en la que se fijaba que «para los efectos de las disposiciones de este título --de la sanción penal-- se entenderá que son delitos electorales los especialmente previstos en esta Ley y los que, estándolo en el Código penal, afecten a la materia propiamente electoral». Dicha redacción sumamente descriptiva y formal puede trasladarse a la legislación vigente con los matices propios del paso del tiempo y de las nuevas perspectivas con que son tratados los delitos electorales.

En tal sentido, por ejemplo, Orts Berenguer sobre el contenido del Decreto-Ley de 1977 acepta la vigencia de esta opción, aunque solo sea a efectos interpretativos para definirlos desde una dimensión descriptiva y otra más sintética. Por la primera los entiende como aquellas acciones u omisiones encaminadas a entorpecer, impedir o tergiversar la campaña electoral, los actos previos a la votación, la libertad de los electores, la misma votación o la veracidad de su resultado; por la segunda, los comportamientos que tengan por objeto alterar o impedir los actos anteriores a la votación, esta misma o sus resultados (ORTS BERENGUER, Enrique. «Consideraciones críticas en torno a los tipos penales del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales», en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 3, 1977, pp. 272-273. También al respecto: MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Los delitos electorales*. Granada, 1977, p. 19. SUAREZ QUIÑONES FERNÁNDEZ, Juan Carlos, «Delitos electorales», en *Enciclopedia Jurídica. La Ley* 2159/2008. Denomina, de manera absolutamente formal y reiterativa, delito electoral a la comisión en el curso de un proceso electoral de cualquier clase (elecciones al Parlamento Europeo, a Diputados y Senadores de las Cortes Generales, a los Parlamentos Autonómicos y Locales) de hechos que son considerados por la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio del Régimen Electoral General como infracción penal.

[86](#)En este sentido, *vid.*, con amplitud: BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, «Delitos electorales II. Delitos electorales "en sentido estricto" cometidos por particulares», en *Delitos electorales. Una aproximación al Derecho electoral mexicano y español*. Coord. Morillas Cueva-Domínguez Gudini. Xalapa (México) 2015, pp. 309-311.

[87](#)Muñoz Cuesta-Martí Cruchaga lo señalan como un supuesto de cohecho electoral activo. MUÑOZ CUESTA, J-MARTÍ CRUCHAGA, V., «Delitos electorales», *Diario La Ley*. N° 6887, Sección Doctrinal, 20 de febrero de 2008, epígrafe 8, versión Internet. Con carácter general sobre el cohecho, *vid.* entre otros: MORILLAS CUEVA, Lorenzo, «El delito de cohecho», en *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*. 2ª ed. Coord. Morillas Cueva. Madrid, 2016, pp. 1149-1158.

[88](#)Asimismo se pudo identificar, obviamente en parte y en lo referente al particular en relación con el particular, con el incorporado, por la Ley 5/2010, al Código penal artículo 286 bis, Sección 4ª, corrupción entre particulares, Capítulo XI, Título XIII, del Libro segundo, con el añadido, entre otros, del objetivo electoral y su significado público aunque realizado por particulares. La posterior modificación por la LO 1/2015 de la propia titulación de la Sección --Delitos de corrupción en los negocios-- y del contenido del susodicho artículo, así como de los añadidos artículos 286 ter y 286 quater, aleja algo más esta posible cercanía conceptual. El actual artículo 286 bis en sus dos primeros números, más próximos a nuestro interés manifiesta en cuanto a contenido típico y penas: «1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja. 2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales».

[89](#)Entre otros, CRUZ BLANCA, Mª. José, «La protección penal del Derecho de sufragio. Los delitos electorales», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 15-13. 2013, p. 10. PERIS RIERA, J-ROMERO FLORES, B., *Los delitos electorales*, en *IUSTEL. Base de conocimiento jurídico*. 4 de abril de 2006, p. 1 (enumeración para internet).

[90](#)CRUZ BLANCA, Mª. José, «Derecho Penal Electoral. Parte Especial (I). Los delitos electorales cometidos por funcionario público y las infracciones electorales», en *Delitos electorales. Una aproximación... cit.*, p. 294.

- [91](#)Recordemos su contenido: «Quienes por medio de recompensa, dádivas, remuneraciones o promesas de las mismas, soliciten directa o indirectamente el voto de algún elector, o le induzcan a la abstención».
- [92](#)Se referían fundamentalmente a todo acto, omisión o manifestación, tanto de funcionarios públicos como de particulares, que tuvieran por objeto cohibir o ejercer presión sobre los electores para que usen de su derecho o le abandonen contra el impulso libre de su voluntad.
- [93](#)Con extensión CRUZ BLANCA, M^a José, *La protección penal... cit.*, pp. 13-19.
- [94](#)ORTS BERENGUER, Enrique, *Consideraciones críticas... cit.*, p. 279. Asimismo: MUÑOZ CONDE, Francisco, «Delitos electorales», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 2, 1977, p. 174.
- [95](#)MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Los delitos electorales... cit.*, p. 63.
- [96](#)*Ibd.*, p. 175. JIMÉNEZ DÍAZ, M^a José, *Delitos electorales... cit.*, p. 66.
- [97](#)Por todos, *Ibd.*, 65.
- [98](#)MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*. 10 ed., a cargo de Gómez Martín-Valiente Iváñez, Barcelona, 2016, p. 417.
- [99](#)Hechos que se reproducen a su vez, de los probados por la SAP de Murcia, Sección 3^a, 68/2011, de 11 de julio, que es la recurrida y vista por la susodicha STS 731/2012. Con la particularidad de cambio de nombre en relación con los condenados: en la SAP son llamados Gracia y Ruperto en la del TS Trinidad y Bienvenido. Voy a utilizar los del TS, es decir, Trinidad y Bienvenido, aunque ninguno de los dos responde a su verdadero nombre.
- [100](#)La AP de Murcia condeno a Trinidad como autora de un delito electoral, conforme a los arts. 135.1, 137, 146.1 a) y 146.2. y a Bienvenido por el mismo delito electoral y además por un delito autónomo de prevaricación administrativa cometido por autoridad o funcionario público del art. 404 del Código penal. El TS lo absuelve del mencionado delito de prevaricación.
- [101](#)Dichos medios son parecidos a los recogidos en el delito de cohecho, innecesariamente amplios y reiterativos, pues en aquél el legislador se refiere a dádiva, favor, retribución, ofrecimiento o promesa (artículo 419 y 424 CP).
- [102](#)Los susodichos sujetos fueron condenados en primera instancia por el Juzgado de lo penal nº 6 de Bilbao. La SAP Vizcaya en cita los absuelve.
- [103](#)Por señalar alguna de las muchas sentencias al respecto, vid: SSTS 472/2011, de 19 de mayo, 102/2009, de 3 de febrero, 77/2007, de 7 de febrero.
- [104](#)MUÑOZ CONDE, Francisco, «*Delitos electorales...*», *cit.*, p. 175.
- [105](#)El mismo Welzel la calificó, en cierto modo, como la falsilla de los tipos penales, pues representa el ámbito normal de la libertad de acción social, que les sirve de base y es supuesto tácitamente por ellos. WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Trad., Cerezo Mir, Barcelona 1964, pp. 55-56.
- [106](#)*Ibd.* P. 56. En tal sentido, *vid.*, entre otros: MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal... cit.*, p. 534. Para Quintero Olivares la exclusión del delito por adecuación social se asienta mejor, y turba menos el principio de legalidad, en el ámbito de la tipicidad. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, 4^o ed., Navarra, 2010, p. 487.
- [107](#)MAURACH, R-ZIPF, H., *Derecho Penal. P.G.I. Teoría general del hecho punible*, Trad., 7^a ed., Buenos aires, 1994, p. 278.

[108](#)Con más extensión, *vid.*, mi posición al respecto: MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Derecho Penal. Parte general. Tomo II. Volumen I. Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso: juicio de antijuricidad*, Madrid, 2008, pp. 195-199.

[109](#)ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría jurídica del delito*. Tomo I. Trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, De Vicente Remesal. Madrid, 1997, pp. 295-297.

[110](#)MUÑOZ CONDE, F.-GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Valencia, 2015, pp. 269-270.

[111](#)En semejante línea: SAP de Lleida 165/2006, de 25 de abril que condena la solicitud de voto a cambio de 30 euros y un desayuno. Ratificada, en este aspecto --no en el de la pena a aplicar--, por la STS 609/2007, de 10 de junio. En sentido contrario hay que citar la STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de noviembre de 1996 que sobre la hipótesis de escrito dirigido a los ciudadanos que habían trabajado para el Ayuntamiento, con el siguiente contenido: «A punto de finalizar esta Legislatura me parece prudente darte cuenta de las gestiones realizadas a lo largo de estos cuatro años. Quiero ponerte de manifiesto que mi preocupación personal, así como la del equipo que me acompaña en el Gobierno de este Ayuntamiento, ha sido el de trabajar por los más necesitados. Considerando que el paro ha formado y forma parte de nuestras prioridades, por eso el Ayuntamiento ha venido trabajando implacablemente en aras de conseguir fondos y firmar convenios con otras Administraciones para contratar trabajadores y trabajadoras en situación de paro y en las épocas más crudas del año, en la que tu personalmente has tenido la ocasión de ser beneficiario/a al haber sido contratado/a por este Ayuntamiento. Sin otro particular y esperando contar con tu apoyo para continuar con estos proyectos de mejora y bienestar, atentamente» estimó que dados los tipos delictivos que contempla el art. 146, y por exigencias del principio de legalidad, el hecho denunciado no reviste carácter delictivo, ya que la carta dirigida por el Alcalde se limita «a informar de determinados logros realizados en su gestión, coincidiendo con el final de su mandato, sin duda para la captación de sufragios en las nuevas elecciones convocadas, pero sin que en modo alguno, solicite el voto ofreciendo recompensas, dádivas, remuneraciones o promesas de las mismas, como exige el apartado 1.a), ni suponga una coacción electoral de las contempladas en los restantes apartados».

[112](#)Vid: JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *Delitos electorales... cit.*, p. 65.

[113](#)Esta es la opinión final también de Jiménez Díaz. *Ibd.*

[114](#)En dicha línea de manera concluyente: PERIS RIERA, J-ROMERO FLORES, B., *Los delitos electorales, cit.*, p. 10: «la participación del elector quedará impune, aunque solicitare dinero para votar en un determinado sentido».

[115](#)Vid. M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho: problemática jurídico penal del soborno de funcionarios*, Ed Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 196 y ss. y 263 y ss.

[116](#)Vid. VILLORIA, M., «La corrupción en España: rasgos y características esenciales», *Cahiers de civilisation espagnole contemporaine*, 15/2015, pp. 2 y 5. Disponible en (Consultada el 5/11/2017): <https://ceec.revues.org/5949>

[117](#)Realiza una delimitación de la corrupción política desde la perspectiva penal, circunscribiéndola a aquella que es cometida por cargos políticos y que supone la compra-venta de favores, DE LA MATA BARRANCO, M., «La lucha contra la corrupción política», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, pp. 9 y ss. Disponible en (Consultada el 5/11/2017): [#sdfootnote118anc](#) [_mce_href="#sdfootnote118anc"](#) [name="sdfootnote118sym"](#) [class="mceItemAnchor"](#) [style="background-image: url\('img/items.gif'\);"](#)118Vid. RUÍZ-RICO RUÍZ, G., «El control sobre la financiación de los partidos políticos: un desafío permanente para el legislador», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 35, UNED, 2015, p. 208, Disponible en (Consultada el 5/11/2017): [#sdfootnote119anc](#) [_mce_href="#sdfootnote119anc"](#)

name="sdfootnote119sym" class="mceItemAnchor" style="background-image: url("img/items.gif");"119Vid. AAVVV, RODRÍGUEZ TERUEL, JUAN (Coord.), «Financiación de partidos y transparencia democrática. Buenas prácticas en Europa y América del norte», Buenas prácticas. La Catalunya institucional y administrativa. 07/12. 2012, pp. 69 y ss. También en un sentido similar vid. MAROTO, M., ANDERICA, A., BALEATO, S. Y ONGIL., M, *Qué hacemos con la financiación de los partidos*, Akal, Madrid, 2013, Disponible en (Consultada el 5/11/2017): #sdfootnote120anc" _mce_href="#sdfootnote120anc" name="sdfootnote120sym" class="mceItemAnchor" style="background-image: url("img/items.gif");"120**Tabla 1: Recursos partidos políticos**

200820092010201120122013Recursos públicos300287246,8316271,1216,6Subvenciones gastos ordinarios237,8241,1236238209,9196,1Subvenciones electorales 62,2 46 10 77,6 6320,5**Recursos privados76,865,465,7 70 70,970,4**Cuotas y aportaciones afiliados y simpatizantes 43,541,640,743,2 39,442,8Donaciones 6,3 6,2 7 8,7 6,4 5,9Otras procedencias (actividad, legados, etc.) 27 17,61818,1 25,1 21,7**Deuda222,1236,7218,2275237,6205,7**

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de los Informes de fiscalización del TCU de los ejercicios de los años examinados (en millones de euros).

[121](#)Vid., recientemente, entre otros, críticamente sobre el modelo de financiación, con propuestas alternativas, SÁNCHEZ MUÑOZ, ÓSCAR, «La insuficiente reforma de la financiación de los partidos: la necesidad de un cambio de modelo», *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 104, 2015, pp. 179 y ss. Disponible en (Consultada el 5/11/2017): #sdfootnote122anc" _mce_href="#sdfootnote122anc" name="sdfootnote122sym" class="mceItemAnchor" style="background-image: url("img/items.gif");"122Vid. Reglamento Europeo nº 114/2014 sobre el estatuto y la financiación de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas, en el que se establece un límite único (18.000 euros) común a las donaciones, aportaciones y cuotas de afiliados.

[123](#)Vid. FUNDACIÓN ¿HAY DERECHO?, «Análisis del funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Comparativa europea» (2015), pp. 99 y ss. Disponible en (Consultada el 5/11/2017): <https://hayderecho.com/wp-content/uploads/2016/09/FHD-AnalisisTribunalCuentas-VF.pdf>.

[124](#)Vid. CARBAJOSA PÉREZ, BORJA, «Transparencia y financiación de los partidos», *Revista española de control externo*, nº 42, 2013, pp. 224 a 229. Disponible en (Consultada el 5/11/2017): #sdfootnote125anc" _mce_href="#sdfootnote125anc" name="sdfootnote125sym" class="mceItemAnchor" style="background-image: url("img/items.gif");"125Vid., en este sentido, entre otros, vid. ONRUBIA FERNÁNDEZ, JORGE, «La lucha contra la corrupción en el sector público: fiscalización, intervención y control económico-financiero», en Nieto, Adán-Martoto Calatayud, Manuel, *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos* UCLM, Cuenca, 2014, pp. 226 y 227.

[126](#)TERRADILLOS BASOCO, JUAN M., «Corrupción, globalización y derecho penal económico», en AAVVV, *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, Ed. Jurídicas Castillo de Luna, 2015, p. 46.

ÍNDICE:

I. ESTUDIOS DE PARTE GENERAL

1. La investigación en Derecho penal

Investigar en derecho penal: las enseñanzas de un Maestro

Esther Hava García

Hacia una dogmática jurídico penal como sistema abierto

María José Rodríguez Mesa

Contexto, interdisciplinariedad y dogmática penal

Diana Patricia Arias Holguín

La implantación de los estudios oficiales de criminología en España

José Luis Díez-Ripollés

Derecho Penal y Psiquiatría. De cómo una psiquiatra se aventuró por el mundo penal y criminológico siguiendo al Prof. Terradillos

Julia Cano Valero

Diversidad cultural y Derecho penal

Guillermo Portilla Contreras

Reformas penales y gobernar a través del delito: el caso peruano

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Bienes jurídicos, valores y derechos: satisfacción de necesidades y lucha por el reconocimiento

Mercedes Alonso Álamo

Derecho penal y utopía garantista: una visión latinoamericana

Juan Oberto Sotomayor Acosta

Notas básicas sobre la autoría a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP español): Autoría y significado específico del hecho

Carlos Martínez-Buján Pérez

Sobre la interpretación en Derecho Penal

Iván Meini

2. Evolución histórica de la Ciencia del Derecho penal

Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura

Francisco Muñoz Conde

Metamorfosis del Derecho penal del Estado de Derecho

Eduardo Demetrio Crespo

La Ilustración hispana frente al encierro punitivo: la obra de Lardizábal en su discípulo Joseph

Marcos Gutiérrez

Alejandro W. Slokar

1917: La Constitución del Estado social y democrático de derecho en México

Luis Arroyo Zapatero

3. Constitución y ley penal: la imposible convergencia

Exigencias normativas de legitimidad en la ley penal. Constitución y teoría de la legislación penal

Gloria González Agudelo

Los tipos de omisión impropia y el principio de legalidad estricta

Luis Fernando Niño

4. Política y Derecho penal en Europa

¿El Brexit es un reto para la política criminal de la Unión Europea?

María Acale Sánchez

El proceso de integración penal europea

José Luis de la Cuesta Arzamendi

Cultura política de la UE y racionalidades penales nacionales: Reflexiones sobre la penalidad migratoria

José Ángel Brandariz García

El paradigma de la privación de libertad de solicitantes de protección internacional en Europa: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. el Derecho de la Unión Europea

Esther Pomares Cintas

Abusos de mercado y Derecho penal: España e Italia frente al impulso europeo

Adán Nieto Martín

Luigi Foffani

5. Peligrosidad social y Estado de Derecho

A vueltas con el Derecho penal de la peligrosidad

Rafael Rebollo Vargas

Los disfraces de la peligrosidad (la pena del delito común contra la propiedad)

Raúl Zaffaroni

Los «anormales» y su discriminación penal

Nicolás García Rivas

6. Consecuencias jurídicas del delito

¿Penas o medidas?: del garantismo a la confusión

Mercedes García Arán

El castigo de la delincuencia económica y el riesgo de derecho penal de autor

Gonzalo Quintero Olivares

Nuevas tendencias penológicas: hacia la penología del control

Borja Mapelli Caffarena

La prisión permanente revisable: crónica de una derogación anunciada

María del Mar Martín Aragón

7. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

El órgano de cumplimiento en la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: indefiniciones y precisiones

Norberto J. de la Mata Barranco

La conveniencia de la responsabilidad penal de los partidos políticos

Joan Baucells Lladós

Sobre las inconcebibles naturaleza y función penales y sancionatorias de las erróneamente denominadas «penas», medidas de seguridad «penales» u otra especie de sanciones «penales» aplicables a personas jurídicas

Luis Gracia Martín

8. Justicia penal de transición, impunidad y memoria

Ley de Amnistía. Cuarenta años después

Araceli Manjón-Cabeza Olmeda

II. ESTUDIOS DE PARTE ESPECIAL

1. El Derecho penal de la Globalización

Violencia e impunidad: Examen al Estado

Arturo Ventura Püschel

Francisco Javier Álvarez García

La violencia como elemento del delito de rebelión

Miriam Cugat Mauri

Delimitación de las modalidades de conducta en el delito de atentado: el significado de agredir, acometer y oponer resistencia

María del Mar Carrasco Andrino

Francisco Javier Álvarez García

Actualizar la prohibición del genocidio y las masacres

Ramón Sáez Valcárcel

Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de Derechos Humanos en el marco del Derecho penal internacional

Ana Isabel Pérez Cepeda

Derecho penal y exclusión social. El «top manta» en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial

Margarita Martínez Escamilla

La protección penal del crédito después de la crisis económica

Hernán Hormazábal Malarée

La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis. Análisis jurisprudencial

Juan Muñoz Sánchez

Regulación del cannabis: aportes político-criminales para la construcción de alternativas al modelo prohibicionista de control de las drogas

Diego Silva Forné

2. Corrupción

Corrupción pública en Latinoamérica

Fabián Luis Riquert

Crimen organizado, corrupción y responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú

José Ugaz S. M.

El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la Administración pública y por soborno transnacional en el debate parlamentario argentino de 2017

Carlos Julio Lascano

Delito de «cohecho electoral»

Lorenzo Morillas Cueva

«Rendición de cuentas y transparencia» como instrumentos de lucha contra la corrupción de los partidos políticos

M^a José Rodríguez Puerta

3. Derecho penal económico y de la empresa

La protección penal del consumidor digital

Luis Ramón Ruiz Rodríguez

El fantasma del administrador de hecho y otras cuestiones fundamentales en los delitos societarios

José Manuel Ríos Corbacho

Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal colombiano

Fernando Velásquez Velásquez

Valoración de la vigente tutela penal de la propiedad intelectual tras la reforma del Código de 2015

Luis Rodríguez Moro

La vigencia de la categoría delito de cuello blanco cuando los delitos socioeconómicos se comenten en contextos normalizados

Laura Zúñiga Rodríguez

Estafa y fraude de subvenciones: una revisión de sus relaciones concursales

M^a del Carmen Gómez Rivero

¿Nueva alternativa a la pena en materia penal tributaria y previsional en Argentina?

Marcelo A. Riquert

Delito de defraudación tributaria y blanqueo de capitales. Reflexiones en supuestos de regularización tributaria con efectos penales

Fermín Morales Prats

El paralelismo procedimental en la persecución del delito de defraudación tributaria

Juan Carlos Ferré Olivé

4. Delitos patrimoniales

A vuelta con el principio de proporcionalidad, de «non bis in idem» y la multirreincidencia en el delito de hurto: Análisis de la STS 481/2017, de 28 de junio

Carmen Salinero Alonso

5. Derecho penal del trabajo

Contextualizando el «Derecho Penal del Trabajo»

Antonio Baylos Grau

El empresario, principal sujeto obligado a garantizar un medio de trabajo seguro y saludable

Joaquín Aparicio Tovar

¿Existió alguna vez un verdadero Derecho penal del trabajo?

Manuel Jesús Dolz Lago

Derecho penal del trabajo en Colombia

Alfonso Cadavid Quintero

Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa?

Eduardo Ramón Ribas

Pesca ilegal y contratación de trabajadores extranjeros: la Sentencia Varepi

Inma Valeije Álvarez

Proxenetismo lucrativo: ¿una modalidad diferente de explotación laboral?

Beatriz Cruz Márquez

A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?

Ignacio F. Benítez Ortúzar

El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo

Fernando Navarro Cardoso

¿Se acabaron las mayorías absolutas parlamentarias! Una crónica política hacia la descriminalización del ejercicio del derecho de huelga

Rosario de Vicente Martínez

La conducta típica del delito de coacciones a la huelga (art. 315.3 CP)

Bárbara San Millán Fernández

La técnica de tipificación y su relación con la aplicación de los delitos que protegen la vida y la salud de los trabajadores

Cristina Méndez Rodríguez

Disfunciones del sistema judicial en el ámbito penal de la siniestralidad laboral

María Revelles Carrasco

La siniestralidad laboral como delito: consecuencias aplicativas

Rosa M. Gallardo García

Siniestralidad laboral y responsabilidad penal por delitos contra la vida o la salud cometidos en comisión por omisión imprudente en el ámbito empresarial

Carmen López Peregrín

La incidencia de la «nueva» imprudencia menos grave en la siniestralidad laboral

M^a José Cuenca García

6. El delito de inmigración ilegal y la trata de personas

El CP español como paradigma del Derecho de la «crimigración»

Diego Boza Martínez

Reconocimiento del derecho de asilo en España a mujeres víctimas de violencia de género

María del Rosario Gómez López

Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres humanos

María Luisa Maqueda Abreu

7. Protección penal del medio ambiente: luces y sombras

La red para la protección ambiental en el Código penal tras la reforma de 2015: los resultados típicos

Paz M. de la Cuesta Aguado

El medio ambiente y la necesidad de coordinación policial como medio de investigación

Antonio Vercher Noguera

Incertidumbre científica y certeza jurídica. La plasmación del Principio --medioambiental-- de precaución en Derecho penal

Mariana N. Solari Merlo

Protección penal del medio ambiente en la Unión Europea. Luces y sombras

Maria Marquès i Banquès

Compliance ambiental: aspectos esenciales, a la luz de la reforma penal de LO 1/2015, de 30 de marzo

Elena M. Górriz Royo

8. Ideología y valores religiosos en el Código Penal

Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados

Patricia Laurenzo Copello

9. Terrorismo y Derecho

El terrorismo global yihadista: ¿Límites a un derecho penal exagerado?

Juan Carlos Campo Moreno

Reflexiones sobre el terrorismo: del terrorismo nacional al terrorismo global

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

La dimensión política del terrorismo

Carmen Lamarca Pérez

Terrorismo: entre el derecho penal y la seguridad nacional

Antonio M. Díaz Fernández

Contraterrorismo

José L. González Cussac

Inteligencia y contrainteligencia en Chile. El monopolio de la violencia estatal frente al terrorismo y sus distorsiones

Myrna Villegas Díaz

Cristian Parada Bustamante

Reflexiones actuales sobre la lucha contra el terrorismo

Miguel Ángel Núñez Paz

Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal

María Luisa Cuerda Arnau

Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»

Juan Carlos Carbonell Mateu

Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos «Cesar Strawberry» y «Cassandra Vera»

Fernando Miró Llinares

De la prevención del blanqueo de capitales a la de la financiación del terrorismo

Patricia Faraldo Cabana

III. ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL

La reparación de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el Derecho Penal

Octavio García Pérez

Sobre los altos tribunales y la «mística» de la intermediación

Perfecto Andrés Ibáñez

Audiencias tempranas y justicia restaurativa en el campo penal juvenil en Costa Rica

Álvaro Burgos

Documento TOL6.932.371

Doctrina

Título: LIBER AMICORUM. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco

Autores: [Luis Ramón Ruiz Rodríguez](#), [José Manuel Ríos Corbacho](#), [Juan Carlos Ferré Olivé](#), [Fermin Morales Prats](#), [Luis Rodríguez Moro](#), [M^a del Carmen Gomez Rivero](#), [Fernando Velásquez Velásquez](#), [Laura Zuñiga Rodríguez](#), [Marcelo A. Riquert](#)

Fecha: 11/2018

Número epígrafe: 11

Título epígrafe: Capítulo 11. Derecho penal económico y de la empresa

TEXTO:

3. Derecho penal económico y de la empresa

La protección penal del consumidor digital

Luis Ramón Ruiz Rodríguez

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Cádiz

En cualquier área del saber es posible identificar los hitos, los momentos en los que el conjunto de una ciencia cambia de rumbo por el asentamiento de nuevos paradigmas o por la apertura de nuevos senderos por los que pueden explorarse y reelaborarse las viejas reglas o sus formas de interpretarlas. Ese resultado no es nunca labor de sujetos individuales, ni siquiera cuando se les puede calificar de excepcionales, sino de la acumulación de voluntades y esfuerzos de personas empeñadas en mover en la buena dirección esa lenta y pesada piedra que representa la ciencia. Lógicamente, la ciencia penal no es una excepción y el estado actual del conocimiento es el producto de las aportaciones brillantes y modestas de todos los que han contribuido, de algún modo, a la discusión, crítica o adhesión a los postulados que han tenido mayor predicamento a lo largo del de la disciplina. De modo que, si se buscan hitos en la ciencia penal, es relativamente sencillo identificarlos tanto, al menos, como errar en la atribución del mérito a un solo investigador, sea cual sea la materia objeto de análisis.

Sin embargo, hasta cierto punto, es posible evaluar el papel, la contribución realizada por cada cual y medir el impacto sobre el trayecto de esa piedra lenta y pesada. La aportación de Juan Terradillos a la ciencia penal ha quedado bien impresa en ese camino, es reconocible y no es exagerado afirmar que alguno de aquellos senderos pueda llevar grabado su legado científico con grandes letras que lo reconozcan. En la materia a la que se adscribe este trabajo, el Derecho penal de la Empresa, el trabajo de Juan Terradillos es fundamental, tanto por el enfoque novedoso que supuso en su momento aglutinar una forma diversa y compleja de criminalidad en torno a la estructura jurídico-económica que realmente la explica desde el origen, como por el brillante uso de la teoría del delito y de la teoría de la pena para desgranar los aciertos y errores del legislador en la concreción de los tipos penales que han venido formando parte de esta materia.

Autor de referencia en España y en Latinoamérica para el estudio de estas cuestiones, ha producido un largo listado de discípulos formales e informales que, ante el reto del estudio de cualquiera de las figuras que se incluyen en esta materia, tomamos como primera referencia su dilatada y sustancial obra científica, lo que justifica con creces este más que merecido y occitano *omenatge*.

I. INTRODUCCIÓN

La protección penal del consumidor que configuró el legislador en 1995 se concibió a la luz de una realidad tecnológica que prácticamente desconocía la posibilidad de que las acciones propias de la actividad de consumo se realizaran de otra forma que no fuese con carácter presencial. Aunque esto no es exacto, porque el consumo a distancia ya era una realidad concretada en las ventas por catálogo, por vía telefónica o por otros medios de comunicación ya asentados, el Código penal no

recogía de forma expresa conductas que regulasen la utilización de tecnologías de la comunicación como medio de ejecución típica de las infracciones relacionadas con los consumidores. Desde entonces hasta la actualidad, las transformaciones sucedidas en el terreno de las tecnologías de la comunicación y en los usos y costumbres económicas de los consumidores, tienen una importancia tal, que la aplicación de los tipos penales en materia de consumidores mediante una simple interpretación adaptativa de los contenidos vigentes a la nueva realidad puede ser insuficiente para resolver algunos supuestos complejos, cuando no un riesgo para la vigencia del principio de legalidad por la posible utilización de analogía prohibida en materia penal ¹.

El consumidor digital va avanzando con paso firme en la economía real y, según el informe de 2016 de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, además de incrementarse en algo más de un 20% respecto del año anterior, supone ya un volumen de 24.185 millones de euros en el conjunto de la actividad comercial de España ². El turismo, el transporte aéreo y el comercio textil representan mayoritariamente las áreas de consumo más destacadas, tendencias que aproximan cada vez más la realidad de los actos de consumo digital a la regulación penal de las conductas que representan daños de relevancia penal para los consumidores ³. Sin embargo, la realidad digital del consumo se puede entender como aquella que se circunscribe a la que lo es de manera virtual, básicamente lo que se considera como comercio electrónico, o bien, de forma más amplia, como toda actividad de consumo sobre bienes que incluyen elementos con un importante componente informatizado que determina el acto de consumo. Esta segunda concepción extensa incluiría conductas como los masivos fraudes cometidos por numerosas y relevantes compañías automovilísticas en todo el mundo, cuando han manipulado informáticamente los componentes electrónicos de los motores de sus vehículos para proporcionar lecturas incorrectas en los controles oficiales de emisión de partículas contaminantes, lo que no sólo ha tenido y tiene una repercusión medioambiental, sino que han actuado de forma determinante sobre la voluntad de los consumidores en el proceso de elección de automóvil que iban a adquirir. Resulta evidente que se trata de actos de consumo que, en algunas de sus fases --publicidad falsa, por ejemplo--, puede representar un claro supuesto de delito contra los consumidores, pero no lo resulta tanto que ese consumidor pueda ser considerado como un consumidor digital.

En los tiempos actuales y en los años venideros la incorporación de los procesos informáticos en la mayoría de productos de consumo estará tan presente, que se corre el riesgo de dejar vacío de contenido el concepto de consumo digital o comercio electrónico, por lo que, a los efectos de este trabajo, se manejará exclusivamente un concepto de consumidor digital considerando a éste como el que desarrolla actos de consumo en el mundo virtual, a través de cualquier canal de comunicación que permita realizar actos de consumo a distancia, formalizando el contrato en el que se materializa el consumo en una plataforma digital.

II. LA EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN PENAL DEL CONSUMIDOR

Tomando como referencia el texto original del Código penal de 1995, la protección del consumidor se configuró de acuerdo con un modelo de participación presencial de los consumidores en el mercado. Modelo basado en la posibilidad del examen físico del producto objeto de consumo, lo que permitía dejar un cierto margen de capacidad al consumidor para valorar la autenticidad o certeza de la oferta, del producto o del servicio a prestar, y/o en la posibilidad de tener un contacto presencial y en tiempo real con el oferente del producto o servicio, lo que le permitía, igualmente, adecuar su toma de decisión patrimonial de acuerdo con valoraciones complementarias y adaptables en tiempo real, procedentes de la fuente real del producto o servicio.

Con la voluntad de proteger a través del Derecho penal un mercado transparente, en competencia leal y comprensible sobre las consecuencias de sus decisiones para los consumidores, se incorporó la Sección 3ª (De los delitos relativos al mercado y los consumidores), dentro del Capítulo XI del Título XIII del Código penal, con contenidos que no han evitado un debate permanente sobre la naturaleza de cada uno de los tipos penales de la sección y del título, y sobre el objeto de protección de cada uno de ellos. Así, se han podido identificar intereses de sujetos en su condición de consumidor en los delitos de estafa, en los delitos contra la salud pública --fraudes alimentarios o de medicamentos--, o en aquellas formas de consumo más complejas que identifican al consumidor con la figura del inversor en los mercados de capitales ⁴.

Si bien es posible afrontar la cuestión desde una perspectiva más estricta, que implique el análisis exclusivo de los delitos de la Sección 3ª, esta limitación a los tipos penales relacionados con la protección del consumidor como colectivo perjudicado en sus intereses económicos no permite un

adecuado acercamiento al problema de la digitalización de la actividad de consumo. Esta es transversal a los delitos agrupados en la ley penal por su afectación a bienes jurídicos de distinta naturaleza, y, por lo tanto, la cuestión de la digitalización es relevante para los consumidores más allá de su consideración como colectivo, cuyos intereses económicos constituyen un interés penal. Y todo ello, sin olvidar que el grueso de la actividad delictiva que tiene que ver con esta materia tiene como lugar preferente de comisión a la empresa, estructura de interés primordial debido a «las características de la actividad económica de la empresa, determinantes de la potenciación de mecanismos de riesgo, *ad intra*, como ocurre en el caso de los delitos contra los derechos de los trabajadores, o, *ad extra*, como ocurre en los delitos contra la salud de los consumidores»⁵. Por lo tanto, la evolución en el tratamiento legal de la protección del consumidor en el mundo virtual o en el mundo telemático, ha sido igualmente transversal de acuerdo con las dificultades que han ido emergiendo en la práctica aplicativa de los tipos que fueron concebidos para afrontar conductas ejecutadas en el mundo físico.

Esta tendencia a la informatización de las acciones cotidianas encontró su más claro exponente en un objeto físico al que rápidamente se le incorporó el avance tecnológico que facilitaba una parte fundamental de la actividad de consumo: el pago sin dinero metálico o con tarjeta bancaria o asimilada, con lo que ese uso conllevaba de simplicidad, inmediatez y seguridad para los usuarios de la actividad de comercio, tanto para el prestador como para el consumidor del servicio. Alrededor de esta herramienta de pago se ha producido uno de los procesos de ensayo y error penal más ilustrativo de las dudas con las que el legislador afronta la incorporación de la innovación tecnológica al

Derecho⁶. Y ello, al tiempo que ha mantenido un mayor interés por actualizar los tipos penales que protegen bienes patrimoniales individuales, que los colectivos, que identifican intereses de los consumidores como grupo difuso titular de los mismos.

La lógica de este proceder se puede explicar tanto por lo perentorio que resulta afrontar aquellas conductas que lesionan materialmente el patrimonio del consumidor individual, así como por la urgencia que supuso, y sigue suponiendo, mantener elevada la confianza de los usuarios en la utilización de los medios electrónicos de contratación, confianza basada tanto en garantizar la seguridad de las operaciones a realizar como en la certeza de que no recae en el consumidor la responsabilidad de afrontar los fallos propios o ajenos en el uso de los sistemas informáticos que permiten el acto de consumo. De ahí que, tanto la estafa informática, como la cambiante regulación de los fraudes con tarjetas bancarias, ocupasen la principal actividad legislativa en los primeros momentos de confusión sobre cómo atender la protección individual del consumidor --y de quien responde por él para mantener la confianza en el mercado--, en el incipiente comercio electrónico.

Pasados más de veinte años desde la promulgación del Código penal de 1995, otros ámbitos penales de la actividad de consumo se han sometido a revisión legal por los cambios tecnológicos vinculados a las TICs, pero no se han vinculado especialmente a la actividad de consumo virtual, sino a riesgos patrimoniales directos para sujetos individuales o para el correcto funcionamiento de mercados en los que el factor no presencial tiene un espacio relevante de funcionamiento. Mientras, otros problemas, como la responsabilidad de los proveedores de servicios, siguen sin tener una respuesta legal diáfana, a pesar de constituir un elemento central de la actividad económica *on line*.

III. LAS INFRACCIONES RELACIONADAS CON EL CONSUMO DIGITAL

Dentro del concepto estricto de consumo digital manejado inicialmente, el que se desarrolla a distancia --a través de las tecnologías de la comunicación--, las respuestas penales a las innovaciones en este campo se han limitado a determinadas infracciones que incluyen el acto de consumo dentro de la conducta típica, permaneciendo los que tienen que ver con las condiciones de credibilidad de los participantes en el mercado o con las reglas de funcionamiento de estos, en los términos originales de la regulación penal en el mundo físico de 1995. Es el caso, por ejemplo, de la publicidad falsa (art. 282 CP) o de la facturación fraudulenta (art. 283 CP), que mantienen su regulación original conforme a los sistemas de información y comunicación clásicos, o a las tecnologías de naturaleza mecánica y presencial, no los de naturaleza electrónica y virtual. De este modo, los concretos cambios introducidos en la Sección 3ª para la protección del mercado y de los consumidores, como consecuencia de los avances informáticos, sólo han repercutido en los delitos relativos a los secretos de empresa y la incorporación del nuevo y más específico delito de facilitación de acceso ilícito a los servicios de telecomunicación⁷. Delitos que, por su estructura y finalidad político criminal no protegen los intereses de los consumidores, sino los de las empresas titulares de derechos de propiedad industrial o, directamente, sus intereses patrimoniales.

Fuera de la regulación estricta de los delitos contra los consumidores, los actos de consumo virtual a los que más atención ha prestado el legislador son aquellos que producen o pueden producir un daño efectivo a un bien patrimonial, bien como delito de estafa del artículo 248.2 CP, o, en su caso, mediante el delito instrumental de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje del artículo 399 bis CP. Estos tipos penales, son los más representativos de la voluntad del legislador de acotar la potencialidad que la virtualización del consumo puede suponer para los consumidores y usuarios, y, han sido los primeros, los que con más claridad han incorporado a su tipicidad el elemento informático que facilita el comercio electrónico, tanto como el fraude a través de dichos medios. Así, la estafa informática, tal vez sea la manifestación principal de la respuesta político criminal al uso de las TICs para la comisión de hechos delictivos, seguida de otras respuestas que se encajan en esta línea.

Sin embargo, estas respuestas no terminan de ser totalmente satisfactorias para afrontar los daños al consumidor individual en su patrimonio, precisamente por la complejidad de la actividad de comercio y las limitaciones que conlleva la tipificación de las conductas desarrolladas en el mundo virtual. Ejemplo de ello es la restricción que representa la limitación del resultado típico a «la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial», del artículo 248.2.a) del CP. Respecto de la estafa tradicional, la informática no parece englobar las conductas de fraude que tengan que ver con prestaciones de servicios, aun evaluables económicamente, por lo que si no cabe la remisión a la estafa convencional del artículo 248.1, la conducta podría no estar contemplada como punible ⁸.

Es posible que el planteamiento para afrontar el castigo penal de los fraudes cometidos mediante mecanismos informáticos, al menos desde la perspectiva de su agrupamiento respecto de actos de consumo, no sea intentar reconducir todas las conductas ejecutadas mediante recursos digitales a la estafa informática, simplemente por el hecho de materializarse a través de ordenadores y a distancia, sino entendiendo que la estafa informática es un tipo penal de recogida de conductas que, realizadas en el mundo físico o en el mundo virtual, no encajen en la definición clásica de la estafa. Así, cualquier transferencia de patrimonio realizada en la red con consentimiento del titular, previo engaño sobre el negocio a realizar, seguirá siendo una estafa del artículo 248.1 CP, porque la tipicidad de la conducta no depende de su ejecución en el mundo físico, sino de la presencia de todos los elementos típicos ⁹.

En realidad la estafa informática tiene poca relación con la estafa, al menos desde un punto de vista técnico ¹⁰, y parece más un ejercicio de dar relevancia al fraude por Internet que a una equiparación de conductas justificada, incluso en términos valorativos y de fijación del marco penal ¹¹. Hasta resulta dudoso que la estafa informática, con su actual redacción, constituya un verdadero fraude en el acto de consumo, ya que la participación del sujeto pasivo en la realización de la conducta es bastante tangencial a la acción típica y es difícil de encajar dentro del comercio electrónico como tal. Al menos, para el sujeto pasivo. Es cierto que, en los casos de apropiación de los datos de banca electrónica de un consumidor, si se usan y se adquieren bienes o servicios mediante una transferencia no consentida, se ha efectuado un acto de comercio electrónico entre el autor y el tercero proveedor del bien o del servicio, pero la ausencia absoluta del sujeto pasivo en dicha transacción, impide calificar el hecho como verdadero acto comercial. Por lo tanto, el delito de estafa aplicable en los supuestos de fraude materializado en actos de consumo digital en los que el sujeto pasivo es engañado para que disponga de su patrimonio voluntariamente, es el tradicional regulado en el artículo 248.1 CP, lo cual supone que el Derecho penal no ha abordado de forma expresa la protección del patrimonio individual de un consumidor digital al quedar recogidas las conductas del mundo físico y del mundo virtual englobadas en la tipicidad de la estafa.

Por su parte, la delincuencia relacionada con el instrumento de comercio que representan las tarjetas de pago, tanto para finalizar operaciones en el mundo físico como en el mundo virtual, afecta en la actualidad a una parte sustancial de las operaciones de consumo --124.406 millones de euros en 2017-- ¹², y en un futuro más o menos cercano a la integridad de las operaciones mediante la sustitución, casi por completo, del dinero efectivo por sistemas electrónicos de pago. En estos supuestos, la protección penal del consumidor o del acto de consumo individual es de carácter indirecto, ya que la intervención penal directa busca, por un lado, obtener la protección de la confiabilidad que representan la legitimidad y la veracidad de los medios de pago, razón por la que los delitos más graves relacionados con las tarjetas de débito y crédito se han situado en el ámbito de la falsificación de documentos mercantiles y de comercio, y, por otro lado, mediante la aproximación

del uso ilegítimo de las tarjetas reales o sus datos a la estafa informática (art. 248.2.c), más que a la estafa convencional.

La transición que la interpretación de estas conductas ha tenido desde la práctica de los tribunales al considerar hechos delictivos relacionados con las tarjetas como hurtos, como robos o como estafas, hasta la consideración por el Tribunal Supremo de las falsificaciones de las tarjetas como falsificaciones de moneda, ha concluido con la sí razonable consideración de las tarjetas como instrumentos mercantiles cuya falsificación es equiparable a la de cualquier otro instrumento de comercio fundado sobre la idea de la buena fe mercantil y su uso ilegítimo, a una clase más y novedosa de defraudación. Aun así, y siendo tan relevante, cuantitativa y cualitativamente, el uso de los medios electrónicos o virtuales de materialización de actos de consumo, los delitos relacionados con estos instrumentos mercantiles no afrontan de forma directa conductas en las que el consumidor, individual o colectivo, se vea perjudicado en el proceso de toma de decisión de intervenir en el mercado, o en las condiciones en las que el consumidor como colectivo puede intervenir en la actividad económica, sino que referencian conductas que se desarrollan al margen de la voluntad, conocimiento y participación del consumidor, aunque puedan perjudicarles en su patrimonio individual con la ejecución de la conducta. Perjuicios que, al menos hasta estos momentos, asumen las entidades financieras y las entidades emisoras de tarjetas para salvaguardar la confianza de los consumidores y demás participantes en los mercados, en los sistemas electrónicos de pago. En cambio, en los delitos tradicionalmente identificados como delitos contra los intereses de los consumidores, intereses relacionados con la salud, con elementos patrimoniales o con la confianza de los consumidores ¹³, la era de la digitalización está prácticamente ausente de referencias en los tipos penales concernidos. La detracción de materias primas del mercado, la publicidad falsa o la facturación fraudulenta por aparatos automáticos, mantienen su redacción original de 1995, con pequeños retoques poco relevantes, a pesar de que la digitalización de la actividad de consumo ha crecido exponencialmente desde esa fecha.

La única reforma relevante relacionada con esta materia es la incorporación mediante la LO 15/2003 de reforma del Código penal, del artículo 286, para castigar el disfrute fraudulento de los servicios de telecomunicaciones ofertados por plataformas digitales de acceso restringido mediante pago, en lo que supone una evidente protección de los intereses patrimoniales de grandes corporaciones empresariales del mundo de las telecomunicaciones, que funcionan mayoritariamente en régimen de oligopolio, sin referencia alguna a los intereses de los consumidores o del mercado general o sectorial al que el delito se refiere, algo a lo que responde la extrema exhaustividad que el legislador español ha dado a esta regulación penal para no dejar potenciales conductas de fraude fuera de los tipos, con el consiguiente trato penal igualitario de conductas que no son siempre equiparables en la valoración de su lesividad ¹⁴.

Por lo tanto, podría concluirse, de forma provisional, que la efectiva y progresiva digitalización de la actividad de consumo, fundamentalmente en lo concerniente al comercio electrónico, no ha encontrado un eco expreso en el legislador penal, que ha centrado el esfuerzo de adaptación de la ley penal al desarrollo tecnológico en aquellas materias en las que el interés patrimonial individual o el tráfico mercantil y la buena fe comercial se encuentran en el centro del interés de protección.

IV. LA POSIBLE NECESIDAD DE LA REFERENCIA DIGITAL EN LOS DELITOS QUE PROTEGEN AL CONSUMIDOR: LA PUBLICIDAD FALSA COMO EJEMPLO

La aparición del componente digital en los tipos penales debe estar justificada por el aporte que el mismo realice al juicio sobre el desvalor de acción o el desvalor de resultado que su presencia conlleve en una conducta típica determinada, de modo que exista una diferencia mensurable entre la comisión en el mundo físico y el mundo virtual. Recoger de forma expresa esta clase de elementos con la única finalidad de añadir modernidad a determinados delitos, o, tal vez peor, para que se visualice un componente simbólico de mayor peligrosidad en el mundo digital que no siempre puede ser contrastada, no justifica reformas legales que sólo pueden añadir confusión, o un mal uso de la potestad político criminal que se atribuye al legislador. Por lo tanto, el análisis de la posible necesidad de actualizar los delitos de publicidad falsa o de manipulación de aparatos automáticos de facturación, sólo puede llevar a proponer una reforma en la medida que se aporte algún valor sustancial en la incorporación de la referencia digital al hecho típico.

Entre todos los delitos que protegen al consumidor, probablemente el que más posibilidades de adaptación pueda requerir sea el de publicidad falsa, ya que es en la actividad de comunicación y transmisión de la información donde mayor resulta la expansión del fenómeno de virtualización que

puede observarse. Hasta la fecha, la publicidad falsa en la regulación penal no ha precisado cambios en su acción típica por tratarse de un delito de medios comisivos indeterminados, que puede ejecutarse a través de la televisión, de un medio de prensa escrito, mediante buzoneo en el domicilio, o en las propias ofertas existentes en los centros comerciales en los que los productos o servicios ofertados son exhibidos o expuestos. El mecanismo de transmisión del mensaje comercial falso no ha influido en el desvalor de la conducta, por lo que la incorporación de los instrumentos digitales al proceso de comunicación de los mensajes con valor económico o sobre su salud dirigidos a los consumidores, básicamente a través de Internet, tampoco ha merecido un cambio de valoración sobre la conducta típica. No obstante, las peculiaridades propias del mundo virtual podrían ser relevantes en esta materia, al menos, en dos sentidos: en lo relativo a la consideración del sujeto activo, dada la cualidad de fabricante o comerciante que se le exige; y en cuanto a las posibles responsabilidades penales que puedan tener los titulares o responsables de los sitios web en los que la publicidad falsa aparece, que se desarrolla de forma muy diferente a la de la inserción de publicidad tradicional en medios de comunicación.

Que el tipo penal sea especial, limitado a sujetos profesionales de la actividad industrial o de comercio, restringe los supuestos de autoría a sujetos que tengan una actividad profesional equivalente, aunque sea por aproximación, a los conceptos de fabricante y comerciante, ya que sería un error mantener un concepto estricto ajustado a la literalidad de la actividad de comercio o fabricación ante la evolución de las actividades económicas y las formas jurídicas complejas bajo las que es posible encajar heterogéneas figuras de participación en la actividad económica. Lo cual, dejaría fuera de la posible tipicidad de la conducta a sujetos particulares que ofertan bienes, aunque lo hagan mediante medios de gran difusión como es Internet ¹⁵. Sin embargo, la potencialidad para la difusión de productos y servicios que representa Internet no permite solucionar la cuestión de la especialidad del tipo penal sin atender a la materialidad de la dedicación a la actividad ilícita, al margen de la calificación mercantil que el sujeto pueda recibir. La realidad ofrece situaciones en las que podría excluirse la responsabilidad penal por la dificultad para calificarle como comerciante o fabricante, aunque realice una actividad con un riesgo importante para los intereses de los consumidores. Por ejemplo, la oferta de medicamentos falsos o que no cumplen las garantías sanitarias, realizada en cualquier web, cuyo envío desde el extranjero realizan sujetos a los que difícilmente puede calificarse como comerciantes, empresarios o fabricantes, y que, sin embargo, actúan con apariencia de tales de cara al consumidor.

No hay razón suficiente para trasladar estas conductas a la tentativa o a la consumación, en su caso, de una estafa, sino que podrían ser calificadas de publicidad falsa si se atendiese al efecto multiplicador de la difusión que representan las TCIs e Internet. Simplemente incluyendo en el tipo de la publicidad falsa, junto a los comerciantes y fabricantes, a quienes, no teniendo esa cualidad profesional, realicen una publicidad masiva digital de ofertas falsas o con alegaciones inciertas, se resolverían las lagunas de punibilidad que, la interpretación más o menos estricta de la cualidad de sujeto activo, puede conllevar. En cuanto a la cuestión de la responsabilidad penal de los titulares de medios web en los que aparece la publicidad penalmente relevante, las notables diferencias de funcionamiento de las herramientas de inserción de publicidad en los medios de comunicación clásicos y en los medios digitales, exigen una reflexión acerca de si es necesario especificar en la ley penal esta cuestión. Si se considera como servicio de la sociedad de la información, de acuerdo con la LSSICE, la publicidad introducida en páginas webs ajenas, como páginas emergentes (*pop-ups*) o recuadros publicitarios (*banners*), o las franjas de noticias embebidas en páginas webs ¹⁶, las responsabilidades por la difusión de publicidad falsa pueden determinarse en función del grado de contribución al acto de transmisión del mensaje falso. Si se excluye la posibilidad de aplicar la responsabilidad penal en cascada del artículo 30 CP a estos delitos ¹⁷, la relevancia penal de la conducta de los terceros que provean información en la red, podría provenir de la consideración de estos como cooperadores necesarios o como cómplices, aplicando las reglas generales de la autoría y la participación. La exención de responsabilidad que realiza el artículo 17 de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, a los prestadores de servicios que faciliten acceso o información ilícita ¹⁸, limita la responsabilidad penal a los supuestos de conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido, es decir, de la falsedad de la publicidad, lo que, en la práctica, impide responsabilizar en vía penal a cualquier proveedor de servicios que facilite mediante enlaces directos publicidad falsa que no haya sido declarada como tal por un órgano

competente en la materia ¹⁹. Por lo tanto, sólo una referencia expresa a la publicidad difundida por Internet mediante enlaces directos en el tipo penal de la publicidad falsa, acompañada de una reforma de la LSSICE que admita la responsabilidad de quien tenga conocimiento de la falsedad de lo alegado u ofertado, sin que sea necesaria la declaración oficial de un organismo competente, podría afrontar la cuestión de la difusión global de la publicidad falsa en perjuicio de los consumidores.

Baste este ejemplo para visualizar la necesidad, aunque no se considere apremiante, de actualizar la protección del consumidor en su actividad digital, en aquello que la interpretación del Derecho penal vigente no alcance por su original concepción hacia el mundo físico en el que se desenvuelve. El riesgo expansivo de la intervención penal siempre está presente, especialmente en estas materias, y es preciso ser estrictos en la ampliación de la posibilidad de ampliación del castigo de la publicidad falsa a otros delitos con «vida digital», pero como afirma Terradillos, el Derecho penal español en esta materia, más que de expansionismo, de lo que hace es gala de inhibición, por ejemplo, con la no tipificación autónoma del delito de publicidad engañosa en materia de inversión en valores ²⁰, por lo que la justificación de extender el ámbito de castigo se basará en el incremento de los riesgos para los bienes jurídicos que no sean abordables con la regulación vigente, y no en el temor a que cualquier reforma legal en esta materia suponga un teórico recorte a las libertades económicas de los operadores en los mercados.

El fantasma del administrador de hecho y otras cuestiones fundamentales en los delitos societarios

José Manuel Ríos Corbacho

Profesor Titular de Derecho Penal

Universidad de Cádiz

I. INTRODUCCIÓN

Las primeras palabras de este texto deben ser, como no puede ser de otra manera, de homenaje y agradecimiento a Juan Terradillos, profesor, maestro y amigo. Conocí al profesor Terradillos en 1995 y, sin lugar a dudas, fue el momento en que cambió mi vida profesional y, a la larga, la personal, como ocurre habitualmente en aquellas personas que se respetan, admiran y quieren además de compartir «vestuario» en el equipo de su vida. En este trabajo tenía que elegir un tema significativo para reconocer tanto compartido y no podía ser otro que la figura que nos unió, el administrador de hecho, objeto de mi tesis doctoral, y del cual hablé con él de lo divino y lo humano hasta llegar al convencimiento de que los delitos societarios, en general, y el administrador de hecho, en particular, eran temas claves de estudio para entender el moderno Derecho penal de la empresa. Baste la elección del tema y el recuerdo en este trabajo para agradecer a mi maestro todo lo que ha hecho por mi, sabiendo que sin su concurso la «empresa» de ser profesor hubiera sido poco menos que imposible.

En 1996 el profesor Diederlam publicó un trabajo en la Revista *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, en su nº 4, intitulado «Der faktische Geschäftsführer im Strafrecht- ein Phantom?», en el que se preguntaba si el administrador de hecho era un fantasma: esta circunstancia me ha hecho titular este trabajo aseverando la fantasmagórica figura de dicho personaje; dicho sujeto, que vive en tierra de nadie, si bien es cierto que el Derecho Mercantil lo conceptúa claramente, el Derecho penal lo incluye en varios preceptos de su Código. No obstante, debe adecuarse el concepto a cada una de las figuras que se estudia en esa disciplina del Derecho privado y, fundamentalmente, su configuración en el ámbito de la empresa moderna.

En este trabajo, además de comentar otras cuestiones fundamentales de los delitos societarios, se intentará cerrar el círculo de la adecuación del concepto de administrador de facto en el universo conformado por las estructuras empresariales con el fin de poder descubrir a ese «fantasma» que gestiona, administra y representa la estructuras mercantiles de manera fáctica.

II. ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD: ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL ADMINISTRADOR DE HECHO

Los delitos societarios están configurados, en su mayoría, como delitos especiales propios (AP Cantabria 8 de junio de 2001, ARP 2002/59) que son aquellos que tiene un sujeto activo concreto y que en caso de no poseer el sujeto las características específicas requeridas, tampoco podría concretarse en un delito común correlativo ²¹. Así pues, el núcleo del sujeto activo lo componen tanto el administrador de hecho como el de derecho ²².

1. Administrador de hecho

La figura del administrador de hecho surge para evitar favorecer a quienes por indolencia no se hubiesen preocupado de regularizar la sociedad o la designación de los administradores y a quienes hubiesen creado la situación irregular para sustraerse del ámbito de los delitos societarios ²³.

Asimismo, se puede definir al administrador de hecho, desde el punto de vista penal, como todos aquellos que de facto ejercen las funciones o realizan los actos propios del desempeño de dicho cargo sin tener formalizado su nombramiento conforme a las disposiciones legales ²⁴. El sujeto debe ejercer efectivamente la administración de la sociedad, e incluso aunque formalmente no se encuentre al frente de la gestión empresarial. Al contrario, no responde del delito quien aparece formalmente nombrado como administrador pero no lleva a cabo ningún comportamiento delictivo; de la misma manera, el concepto administrador de hecho reclama la atribución de responsabilidad al que ostente un dominio material del hecho ²⁵.

La expresión administrador de hecho se ha venido considerando como aquél cuyo nombramiento presenta alguna irregularidad de índole formal, incluyendo, en ocasiones, la hipótesis del mandato caducado, incluso se ha llegado a definir a este administrador fáctico como «aquellos que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, como podría ser el nombramiento defectuoso, no aceptado, no inscrito o caducado» ²⁶.

Con todo, debe prevalecer la idea de que el administrador de hecho, en sentido amplio, es aquella persona que gestiona, representa o administra la entidad, fuera del ámbito de la ley, quien, en definitiva, detenta efectivamente el poder societario ²⁷.

En referencia a actos ejecutivos, por parte de los distintos intervinientes, parece que en el ámbito de la delincuencia económica es práctica común que cuanto más elevada sea la posición de aquel sujeto dentro de la estructura jerárquica, menos participación va a tener en el momento de la comisión del delito. Por dicho motivo, basta el acuerdo de voluntades entre los intervinientes para considerar que todos los sujetos son coautores sin necesidad de que todos y cada uno de ellos participe en la ejecución efectiva del ilícito, de modo que se renuncia al concepto estricto de coejecución sustituyéndose por el de realización conjunta, basado en la teoría del dominio funcional del hecho ²⁸.

A modo de precisar la cuestión, la expresión administrador de hecho ha suscitado alguna problemática al existir, en sede mercantil, un concepto específico, puesto que se considera a éste como aquel cuyo nombramiento presenta alguna irregularidad de índole formal, conteniendo en ciertas situaciones también la hipótesis del mandato caducado, incluso se ha definido al administrador de hecho como aquellos que ofrezcan alguna anomalía en su situación jurídica, ejemplificándose en los de nombramiento defectuoso, no aceptado, no inscrito o caducado ²⁹. En consecuencia, se ha establecido la consideración del administrador fáctico como aquél cuyo nombramiento se encuentra menoscabado por un defecto o vicio que lo suponga irregular e incluso nulo, siempre que vaya acompañado de un ejercicio efectivo de las funciones propias de la administración de la sociedad ³⁰. Sin embargo, en sede penal, no debe identificarse esta figura con un concepto mercantil ya que debe acogerse para esta expresión un significado amplio que atienda a la relación material y fáctica entre el sujeto y el bien jurídico.

2. Administrador de derecho

La figura del «administrador de derecho» puede conceptuarse como los órganos de administración de las diferentes clases de sociedades siempre que reúnan los requisitos y formalidades exigidas por la legislación mercantil; en definitiva, aquellos que dispongan las leyes mercantiles. Además, en principio, se ha considerado administrador de derecho al liquidador de la sociedad, los consejeros delegados y a los miembros de las comisiones ejecutivas, pues, no en vano, son estos los puestos o cargos ocupados por los administradores que poseen las formalidades propias establecidas en la ley; en el mismo sentido, el administrador persona jurídica y la administración judicial. Estas figuras se abordarán en el próximo epígrafe a la hora de analizar su específica ubicación en la figura del administrador de derecho o de facto ³¹.

3. Supuestos controvertidos

Como se expuso *supra*, el administrador de derecho es aquel órgano de administración de las diferentes clases de sociedades que reúne los requisitos y formalidades exigidas por la legislación mercantil. Por su parte, el administrador de hecho es aquel que gestiona, representa o administra sin

las formalidades mercantiles previstas y que detenta el «poder societario». A continuación se analizarán las diversas figuras dudosas en el ámbito mercantil o empresarial al objeto de poder determinar dichos modelos en el escenario de la administración.

3.1. Liquidador de la sociedad

El liquidador aparece como una de las categorías más conflictivas, desde el punto de vista penal, en lo que a su consideración como administrador de hecho o de derecho se refiere. Dicha figura es la más parecida a la del administrador, aunque ubicada en el entorno de la liquidación societaria. Así pues, éste aparece en el proceso en el que la sociedad, tras la disolución, desarrolla una serie de actuaciones como son: cobro de créditos y el pago de deudas sociales. Empero, estas actividades pretenden la fijación del haber social que se distribuirá entre los socios ³². Pese a la disolución, la sociedad prosigue manteniendo su personalidad jurídica, aunque su finalidad ya no es la de desarrollar el objeto social sino la de liquidar las operaciones pendientes, porque lo que se pretende con la liquidación es la depuración del patrimonio social, esto es, realizar el activo, liberar el pasivo y repartir entre los socios el caudal resultante ³³.

Cuando se produce la declaración de estado de liquidación de la sociedad se generan dos efectos: a) por un lado, cesa la representación de los administradores para celebrar nuevos contratos y contraer nuevas obligaciones; b) de otro, se inicia la actuación del liquidador. Igualmente, puede que sea requerido el concurso de los antiguos administradores para la práctica de operaciones de liquidación. La legislación mercantil se refiere a funciones específicas del liquidador entre las que se encuentran la de «administrar» y «representar» a la sociedad en las operaciones de liquidación, pero será imprescindible indicar la relación entre el liquidador y el administrador puesto que existen cláusulas estatutarias que prevén la mutación del órgano de administración en órgano de liquidación ³⁴.

La ubicación de esta figura como administrador de hecho ³⁵ o incluso la exclusión de cualquiera de las dos figuras se debe resolver a favor de la consideración de la administración de derecho; junto a la metamorfosis automática de cláusulas estatutarias, debe aludirse al Código de Comercio en cuyo precepto 228 advierte la posibilidad de que los administradores se transformen en liquidadores, e incluso el art. 375 LSC, en el que también se desarrolla, de manera automática, dicha transformación, por lo que cuando la sociedad se declare en liquidación, cesa la representación de los administradores, quedando sus facultades cercenadas en calidad de liquidadores ³⁶. En conclusión, de lo expuesto *supra* parece que la propia ley transforma al administrador en liquidador por lo que cabe definirlo como administrador de derecho ³⁷.

3.2. Delegación de funciones y apoderamientos

Se trata de figuras diferentes que representan, de un lado, la delegación interna superpuesta con el concepto de la delegación de funciones y, de otro, la delegación externa a través de los apoderamientos.

La primera de esas figuras, la delegación de funciones (art. 249 LSC) incluye las personas que pueden ser objeto de la recepción de facultades delegadas: consejeros delegados y comisiones ejecutivas. Los consejeros delegados son miembros independientes del consejo de administración que reciben la delegación interna. En el mismo supuesto estarían las comisiones ejecutivas que no es más que la elección de una serie de miembros del propio consejo de administración que persigue concentrar el poder de dirección y representación en un reducido número de consejeros. No parece haber oposición al hecho de considerar tanto a los consejeros delegados como a los miembros de las comisiones ejecutivas como administradores de derecho pues, no en vano, estos cargos son los ocupados por los propios administradores que poseen formalidades propias establecidas en la ley.

Mayores problemas ha planteado la delegación externa, los apoderados, pues su característica fundamental es que no suele recaer tal posición en los administradores formales sino que vienen a ser meros directivos vinculados a la sociedad por una relación laboral, que aparece bajo una variada nomenclatura, como la de director general, director-gerente o simplemente gerente ³⁸. Sin embargo, parece no existir dudas en considerar al director-gerente estatutario, al que se le encomiendan funciones de administrador, como administrador de derecho ³⁹.

Por su parte, la figura del director-gerente que no se encuentra prevista en los estatutos no parece que pueda considerarse como un órgano vinculado a la sociedad ya que en todo caso la conexión entre el órgano de la sociedad y dicho apoderado viene referida a una relación laboral. En consecuencia, la delegación externa se ubica en sede de administrador de hecho ⁴⁰.

3.3. Administrador judicial

En caso de embargo de alguna empresa o grupo de empresas (arts. 630 a 633 de la LEC), o las acciones o participaciones que representarán la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los derechos o los bienes o derechos pertenecientes a los mismos, el juez puede decretar que continúe la administración existente, o nombrar a otras personas que se encargan de la administración de la misma. Entre las funciones propias de la administración judicial pueden advertirse las siguientes: a) rendir cuentas de su gestión en los plazos fijados por el juez; b) elaborar una cuenta general una vez finalizada la gestión. En definitiva, el administrador judicial puede ser considerado administrador de derecho ⁴¹—.

3.4. Promotores y fundadores

Este tipo de figuras tampoco se observan específicamente en los tipos penales españoles a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones extranjeras donde se configuran como posibles sujetos activos puesto que pueden ejecutar conductas como el falseamiento de balances. La doctrina mayoritaria parece atender al criterio de que ambas figuras no pueden considerarse como administradores de derecho ya que no poseen las características exigidas por el ordenamiento mercantil, porque dicho ordenamiento tan solo señala que el promotor, promueve la sociedad, mientras que el fundador es quien concurre al otorgamiento de la escritura, asumiendo acciones de la sociedad y, por tanto, se excluye que sean administradores de derecho de la entidad ⁴²—. En lo que afecta al fundador como administrador de hecho, éstos, los fundadores, otorgan escritura social y suscriben todas las acciones, gestionando las aportaciones recibidas hasta que se nombra a los administradores, respondiendo, en virtud del art. 30 LSC, de la inadecuada inversión de los fondos recibidos y destinados al pago de los gastos de constitución de la sociedad en formación. En la medida en que los fundadores se conviertan en socios, se tornan en posibles sujetos activos de los ilícitos societarios pero en su condición de socio y no como administrador de hecho ⁴³—.

3.5. El director financiero

Desde el punto de vista funcional, el director financiero ocupa labores de gestión, ejerciendo el control de la empresa, esto es, desarrollando una labor de gestión financiera global. Su labor se advierte en tres aspectos: a) gestión de fondos y relación con la banca e instituciones financieras; b) planificación y previsión financiera e incluso relaciones exteriores junto a otras actividades, de lo que se desprende que dicha figura es responsable de la planificación y la gestión de la actividad económica; c) administra las finanzas de la empresa asegurando la eficaz utilización de las mismas e incluso participa en la realización del presupuesto financiero de la empresa, controla las sociedades del grupo o filiales, si las hubiera, y colabora en los presupuestos financieros de aquella, además de realizar informes financieros ⁴⁴—.

En la realidad empresarial, el director financiero desarrolla la documentación contable, así como las cuentas anuales y, por ello, se observa cierta identidad de éste, con los administradores de la entidad empresarial, por la gestión o control, la administración y representación, de forma que, partiendo de la entidad funcional habrá que considerarlos, bajo el prisma de la tesis del dominio del hecho, como administrador de facto ⁴⁵—.

3.6. Otros supuestos

Conjuntamente a los supuestos examinados, existen otros que por la extensión pactada para este trabajo ha sido imposible desarrollarlos en profundidad, si bien puede hacerse una sucinta referencia a los mismos: el grupo mayoritario de los socios que controlan la sociedad carece de facultades de gestión y representación, no administran competencias propias y exclusivas del consejo de administración, circunstancia que impide considerarlo como administrador de hecho o de derecho al no ejercer las funciones propias de administración ⁴⁶—. Los auditores de cuentas deben rechazarse igualmente como administradores de hecho o de derecho ya que no se encuentran expresamente mencionados en ninguno de los tipos societarios (especialmente en el art. 290 CP), ni tampoco se pueden integrar en la noción de administradores de uno u otro tipo que maneja el Derecho penal. El presidente de la Junta General puede analizarse partiendo de la legislación mercantil ya que ésta permite la concurrencia de esta figura ahora estudiada con la de administrador en la misma persona, pudiendo vislumbrar la figura del administrador de derecho. Si el presidente fuera socio o, al menos, no administrador pero detente el «poder societario», podría considerarse administrador de hecho ⁴⁷—. El secretario del consejo de administración cuando coincide en la misma persona con un

consejero-delegado será administrador de derecho; en caso contrario, podrá considerarse administrador de hecho siempre que posea el dominio social típico, el precitado poder societario, y perjudique el bien jurídico propio de estos ilícitos⁴⁸—. El comisario del sindicato de obligacionistas no puede considerarse ni uno ni otro tipo de administrador porque no dirige la sociedad y tan solo tiene potestad entre los obligacionistas. El letrado asesor, todo lo más, puede ser administrador de hecho en las sociedades en las que ostente el dominio social al ser éstos quienes rigen los destinos jurídicos y económicos de las entidades mercantiles en la toma de decisiones⁴⁹.

De lo expuesto cabe indicar que no existe certeza en la calificación de una u otra figura de administración. De *lege ferenda* sería conveniente, a la hora de delimitar dicha figura, que se mencionara expresamente, como se hace en alguna legislación extranjera⁵⁰. Por consiguiente, mientras llega la inclusión de la noción de administrador de hecho en el ordenamiento jurídico penal español, para responder a la pregunta de si el administrador fáctico es un fantasma, deberá contestarse afirmativamente y habrá que ir al caso concreto «extrayendo la sábana» para desvelar la posible situación de las figuras analizadas con el ánimo de ubicarlas en sede formal o fáctica de la administración societaria desde el punto de vista del Derecho penal.

III. CONCEPTO DE SOCIEDAD

Aparece este concepto en el art. 297 CP en el que surge una lista de entidades que pueden considerarse el marco de los delitos societarios, puesto que el legislador pretende abarcar el máximo de estructuras posibles que se puedan ubicar en el Capítulo XIII del Título XIII del CP⁵¹.

El texto punitivo español ha optado por un concepto omnicomprendivo⁵² que contiene todo tipo de sociedades, con la excepción de las sociedades civiles y de las asociaciones; entre ellas aparecen: toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o entidad de análoga naturaleza que para cumplir sus fines permanezca de manera permanente en el mercado.

Asimismo, es importante la referencia que se hace en el precepto examinado cuando indica «entidades de análoga naturaleza que participan de manera permanente en el mercado»; de esta forma, la expresión «análoga naturaleza» se refiere a todas las entidades establecidas en el artículo⁵³. La alocución integrada en el art. 297 CP «para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado» se basa en el art. 1.1 de la Ley de Competencia Desleal, creando cierta confusión en aquellas sociedades que se instauran para una actividad específica y que no poseen la característica de la «permanencia en el mercado»⁵⁴. Para el análisis de lo anterior se precisa: primero, «permanencia», entendida como la creación de una estructura societaria estable y definida, constituyéndose para un plazo más o menos dilatado; segundo, el concepto «mercado», suponiéndose el hecho de establecer al menos una relación jurídica con un tercero, que pudiera engendrar una situación que cumpla con el requisito propugnado por el art. 297 CP. De la misma forma, se ha incluido a la sociedad civil cuando posea personalidad jurídica ya que en dicha situación se aprecia análoga naturaleza jurídica; la comunidad de bienes se encuentra pacíficamente aceptada por motivos políticos criminales; las asociaciones, siempre que, a su vez, posean análoga naturaleza. Mención especial requieren los clubes o asociaciones deportivas que no se han transformado en sociedades anónimas deportivas: son asociaciones en las que se establece un ejercicio profesional del deporte en ligas fuertemente mercantilizadas⁵⁵. También, se puede incluir en este concepto a la sociedad en formación (arts. 36 a 38 LSC), expuesto en la noción sociedad penal⁵⁶, la sociedad oculta (opera en el tráfico mercantil sin manifestarse como una sociedad), la de fachada (que evita dar a conocer al empresario oculto) y la irregular [no se caracteriza por ser un periodo de la vida de la sociedad, como la que se encuentra en formación, sino que se trata de un modelo societario que pretende formar parte del mercado (art. 39.1 LSC)]. No obstante, debería desestimarse a la sociedad «ficticia» por ser una entidad vacía de contenido patrimonial⁵⁷.

IV. CONDICIÓN OBJETIVA DE PERSEGUIBILIDAD

Los ilícitos societarios se encuentran sometidos a una condición objetiva de perseguibilidad. Normalmente, se persiguen mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Si aquella es menor de edad, incapaz o persona desvalida también puede denunciar el ministerio fiscal. El art. 296 CP excluye la necesidad de denuncia cuando se afecte a intereses generales o a una pluralidad de personas. En consecuencia el art. 294 CP, en la medida que su comisión siempre

comporta un afectación a los intereses generales, es el único de los delitos societarios perseguibles de oficio ⁵⁸.

Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal colombiano

Fernando Velásquez Velásquez ⁵⁹

Profesor y Director del Departamento de Derecho Penal
Universidad Sergio Arboleda (Bogotá, Colombia)

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de los inesperados giros que da a su actividad legiferante el legislador penal nacional, debe destacarse la reforma contenida en la Ley 1474 de doce de julio 2011 mediante cuyo art. 17 se introdujo en el Código Penal un nuevo art. 250B, incrustado en el Título VII de la Parte Especial, que, como se sabe, protege el patrimonio económico. Esta construcción legislativa está destinada a combatir algunas conductas de cotidiana ocurrencia en el ámbito de las sociedades, en el actual mundo de los negocios y en el seno de las sociedades globalizadas, las cuales, al afectar el patrimonio de esos entes y el propio de los socios, también ponen en tela de juicio todo el orden económico-social; la normativa, sin embargo, es una copia casi fiel de la legislación hispana de 1995. Por supuesto, ello amerita que en esta contribución --destinada a honrar la vida y la obra de un colega tan distinguido como el Profesor JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO, quien en sus prolíficos y sesudos trabajos ha dedicado múltiples reflexiones a estos asuntos y a materias muy afines--, se haga un examen de la norma penal completa en mención para rastrear sus orígenes y alcances, a cuyo efecto en el acápite siguiente se estudian los diversos componentes objetivos y subjetivos de la descripción típica; así mismo, se abordan las sanciones y se plantean algunos problemas en materia de la unidad y pluralidad de acciones típicas. Al final, se señalan algunas conclusiones para el debate.

II. LA NORMA PENAL COMPLETA

A. La descripción típica. Está consignada en el art. 250B, que a la letra reza: « *El administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios...* ». Este supuesto de hecho llamado como administración fraudulenta ⁶⁰, fue tomado del art. 295 del C. P. español de 1995 donde aparecía como una especie de delito societario ⁶¹; ahora, con una redacción distinta, está contenido en el art. 252 del Título XIII destinado a los delitos contra el patrimonio económico ⁶², cuya textura recuerda la del § 266 del C. P. alemán ⁶³ y la del § 153 del StGB austríaco ⁶⁴. Ahora bien, en torno a la razón de ser de esta acriminación en la ley parece evidente que desde una perspectiva político-criminal y dogmática se colma un vacío existente, pues figuras similares a ella como el abuso de confianza y la estafa apenas sí daban cabida a algunos de los comportamientos «desleales» en los que podían incurrir los administradores de las sociedades ⁶⁵, como lo muestra la práctica cotidiana en un país acostumbrado a todo tipo de tropelías en este campo sin una adecuada respuesta penal.

1. El aspecto objetivo ⁶⁶. Los componentes de la figura por esta faz son: *el sujeto activo*, que para el caso solo puede ser « *el administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor* »; esto, diferencia la figura nacional de la española antigua que sólo tiene como sujetos agentes a las dos primeras categorías de personas. Por supuesto, de ello se infiere que se trata de un tipo penal de sujeto activo calificado porque el comportamiento solo puede ser realizado por quien detente esas calidades típicas ⁶⁷; por ello, los sujetos activos que no reúnan las exigencias legales no pueden ser autores, aunque sí podrían ser tratados como intervinientes si se cumplen los presupuestos del art. 30 inc. final, sin descartar eventos constitutivos de un actuar por otro (art. 29 inc. 3º del C. P.).

Por « *administrador* », dice el léxico, se concibe a la « *persona que administra bienes ajenos* », donde el verbo « *administrar* » equivale a « *dirigir una institución* » u « *ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes* » ⁶⁸. La ley se refiere a dos clases de administradores, el *de hecho* y el *de derecho* ⁶⁹: el primero, es el que --más allá de un enfoque propio del derecho comercial, para el cual tiene esa calidad quien carezca de algún requisito--, de manera fáctica, incluso sin existir nombramiento expreso, detenta las riendas de esa sociedad. O sea, se trata de un concepto que

engloba tanto a quienes hayan sido nombrados como tales, así subsista alguna irregularidad en ese proceso, como a todo aquel que por sí mismo o en unión de otros ejerce el control sobre la gestión de la sociedad, mediante la toma de decisiones y la imposición de las mismas; por ello, también quedan comprendidos quienes desde un punto de vista fáctico gobiernan a la sociedad (los llamados administradores ocultos). A su vez, el segundo --y aquí sí coinciden las visiones comercialista y jurídico-penal sobre el asunto--, es quien ejerce de forma permanente --sea que lo haga de manera individual o colegiada (por ejemplo, en un consejo de administración)-- la función de administrar la sociedad y reúne todas las exigencias legales en materia de nombramiento, inscripción, duración del cargo, etc.; en otras palabras: se hace referencia a los que guían dicho ente en virtud de un título válido desde el punto de vista jurídico y que, como tales, aparecen inscritos en el registro mercantil. Por supuesto, también son administradores de derecho quienes reciben funciones para actuar como delegados, piénsese en los consejeros y en los miembros de comisiones, o los que son nombrados de manera específica para cumplir un determinado encargo (por ejemplo: los apoderados judiciales o los encargados de guiar la empresa cuando ella incurre en una causal de disolución o es intervenida por autoridades gubernamentales, etc.). Así mismo, por « *socio* » se designa a la « persona asociada con otra u otras para algún fin » o, en una segunda acepción, al « individuo de una sociedad, o agrupación de individuos »⁷⁰; incluso, unido ese vocablo al de « capitalista », se entiende como la « persona que aporta capital a una empresa o compañía, poniéndolo a ganancias o pérdidas ». O, si se le suma el término « industrial », se concibe como la « persona que no aporta capital a la compañía o empresa, sino servicios o pericia personales, para tener alguna participación en las ganancias ». Aquí, se habla del *socio de cualquier sociedad constituida o en formación*; al respecto, de cara a precisar ese elemento normativo, es necesario precisar cuáles son las tipologías de sociedades señaladas en la Ley comercial. En efecto, desde una perspectiva muy general, ellas pueden ser de tres clases: *de hecho*, *irregulares* o *de derecho*. Las primeras, funcionan de espaldas a las exigencias legales o, como señala el art. 498 del Código de Comercio al emplear el singular, « ...cuando no se constituya por escritura pública » y « su existencia podrá demostrarse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos en la ley »; es más, el art. 499 señala: « la sociedad de hecho no es persona jurídica. Por consiguiente, los derechos que se adquieran y las obligaciones que se contraigan para la empresa social, se entenderán adquiridos o contraídas a favor o a cargo de todos los socios de hecho ». La segunda modalidad está conformada por las sociedades que la ley llama *irregulares*: « constituidas por escritura pública, y que requiriendo *permiso de funcionamiento* actúen sin él » (art. 500); esta especie bien podría quedar comprendida en la expresión « en formación » empleada por el supuesto de hecho de la norma. La tercera, o *de derecho*, supone la existencia de un contrato de sociedad que se presenta cuando « ...dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados » (cfr. art. 98 del Código de Comercio). Todavía la Ley comercial prevé como especies de sociedades las siguientes: colectiva (arts. 294 y ss.), en comandita: simple o por acciones (arts. 323 y ss.), de responsabilidad limitada (arts. 353 y ss.), anónima (arts. 373 y ss.), de economía mixta (arts. 461 y ss.), extranjeras (arts. 469 y ss.) y las por acciones simplificadas (SAS) (Ley 1258 de 2008), etc. Desde luego, la inclusión de los socios como sujetos activos de la conducta punible en examen genera algunas dificultades porque este tipo de personas no suele ocupar ningún cargo en la entidad y, por ende, no se entiende --salvo que detenten otra investidura más, para el caso de una de las ya citadas⁷¹-- cómo ellos pueden ser sujetos activos de una administración desleal⁷²; en otras palabras, la mención del socio como sujeto activo de la conducta « no es más que un recordatorio de que éste puede desempeñar la posición de administrador, pero resulta realmente superflua »⁷³. Ahora bien, por el adjetivo « *directivo* » se concibe a aquella persona que « tiene facultad o virtud de dirigir », aunque en una segunda acepción equivale a « mesa o junta de gobierno de una corporación, sociedad, etc. »⁷⁴; aquí, esa voz está referida también a una de las sociedades que prevé la Ley comercial, según ya se dijo. Además, la locución « *empleado* »⁷⁵ designa a la « persona que desempeña un destino o empleo » en uno de los entes señalados; en fin, la locución « *asesor* »⁷⁶, distingue a quien asesora a uno cualquiera de los órganos de las sociedades o a esos entes jurídicos.

El segundo elemento es el *sujeto pasivo del delito* que, aquí, coincide con el de la acción, para el caso

la sociedad ⁷⁷ y los socios: «...disponga fraudulentamente *de los bienes de la sociedad* o contraiga obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable *a sus socios*», según reza el mismo. No obstante, en el texto nacional --a diferencia del español antiguo, aquí mutilado-- no se incluyen otros sujetos pasivos del delito que también pueden ser titulares del bien jurídico: piénsese en los depositantes --el tenor literal hispano hablaba de «depositarios»--, los cuenta partícipes en contratos de cuentas de participación y los titulares de los bienes, valores o capital que administren; es más, la propia doctrina hispana reclamaba la inclusión de otras personas que, también desde una perspectiva externa a la sociedad, pueden ser sujetos pasivos: los asegurados y los tomadores o beneficiarios de seguros ⁷⁸; desde luego, cuando el legislador delimita el objeto material del delito a los «bienes de la sociedad» --y son los bienes «de» ella no los de los terceros que son administrados por ella, como lo impone el principio de legalidad que aquí no puede dar cabida a interpretaciones extensivas--, parece claro que excluye a dichos sujetos pasivos. Como es obvio, cuando los sujetos pasivos sean esas personas se debe acudir a las figuras de estafa y abuso de confianza (véase art. 249 inc. 3º: « *Si no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero* ») ⁷⁹. Pero, si se admite que el bien jurídico protegido es doble: el patrimonio económico de la sociedad y/o de los socios y el buen funcionamiento de las sociedades y, por ende, del orden económico social, debería concluirse que los sujetos pasivos son también dobles, pues, «hay por ello al menos un doble sujeto pasivo, colectivo y personal: la comunidad o colectividad como titular del legítimo interés comunitario en la fiabilidad del correcto funcionamiento de las sociedades y del sistema societario como presupuesto indispensable del buen funcionamiento del sistema económico; y la persona (jurídica) o personas (físicas) titular o titulares del patrimonio(s) afectado(s)» ⁸⁰. En cuanto al *bien jurídico*, otro elemento del aspecto objetivo en estudio, debe decirse que muy polémica ha sido la determinación del bien o bienes jurídicos que aquí son objeto de tutela; al respecto, se ventilan por lo menos cuatro posturas diferentes ⁸¹. En primer lugar, se afirma que se tutelan las relaciones de fidelidad y de lealtad del administrador para con la sociedad y los socios; así mismo, en segundo lugar, se asevera que lo protegido es el funcionamiento correcto de todo el sistema societario que mediante esta acriminación alcanza cobijo. También, en tercer lugar, se puede pensar que el bien jurídico tutelado es doble: de un lado el patrimonio económico (bien jurídico individual); y, del otro, el orden económico-social (bien jurídico colectivo). En cuarto lugar, al hacer algunas matizaciones, otros estiman que se protege en forma directa el patrimonio social y el de los socios y la *fiabilidad del funcionamiento correcto de las sociedades*; además, de manera indirecta, la estabilidad del tráfico económico ⁸²; por supuesto, algunos creen que lo protegido es un conjunto de derechos dentro de los cuales se comprenden los de los socios y los detentados por la sociedad ⁸³. En medio de este debate el legislador patrio --obsérvese: ubicó la figura en el título destinado a los delitos contra el patrimonio económico y no a los que afectan el orden económico social: cfr. Título X, al estilo de la derogada fórmula española--, que parece acogerse a este último planteo, protege el patrimonio económico de la sociedad y/o el de los socios como se infiere de las previsiones legales: «... *disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios...*». Pero, hay otros dos componentes que integran la construcción del bien jurídico adoptada, aunque apenas se quedan en el mero desvalor de acción del injusto sin alcanzar al desvalor de resultado: de un lado, los deberes de fidelidad y lealtad --por algo el legislador llama a la figura como «administración desleal»-- y, del otro, el adecuado y correcto funcionamiento de todo el sistema societario y económico social en general. En conclusión: de cara al derecho colombiano el bien jurídico protegido es doble: por una parte y en forma directa, el patrimonio económico de la sociedad y/o de los socios (bien jurídico individual) y, por otra, el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles que son parte fundamental en el engranaje económico del país, con lo cual también se tutela el orden económico social (bien jurídico colectivo o supraindividual) ⁸⁴.

En cuanto a la *acción*, que es el cuarto elemento de la descripción típica en su cara objetiva, debe decirse que la conducta acriminada es doble, por lo cual el tipo es de conducta alternativa ⁸⁵: de un lado, el disponer en forma fraudulenta de los bienes sociales «... *disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad*», o --y la conjunción disyuntiva denota «diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas» ⁸⁶-- contraer obligaciones a cargo de la misma: « *contraiga*

obligaciones a cargo de ésta»⁸⁷. Se precisan, pues, dos conductas punibles --que, en un sentido amplio, son reconducibles a la primera de ellas-- que logran darle una buena taxatividad al supuesto de hecho⁸⁸ para evitar la vaguedad observable en fórmulas que, como la alemana (en su § 266-1), la austríaca (el § 153) o la española actual (art. 252), son generales y taponan muchas conductas de infidelidad, pero ponen en grave tela de juicio el principio de taxatividad o de determinación. Ahora bien, la primera de ellas comporta que el sujeto activo *disponga* de forma fraudulenta (esto es, contraria al principio de confianza)⁸⁹ de los haberes sociales (la Ley, recuérdese, habla de «bienes» que suele ser sinónimo de «cosas»)⁹⁰ con detrimento para la sociedad y/o de los socios⁹¹, esto es, se sanciona la conducta de quien --advértase: con abuso de las funciones propias de su cargo-- ejerce facultades de dominio, enajenando o gravando, esos bienes. En otros términos, se sanciona a quien coloca, habilita o ubica esos bienes con *fraude* (expresión que también podría derivarse de la de «con abuso de las funciones propias de su cargo» --que parece un elemento subjetivo del tipo⁹²--), esto es, mediante acciones contrarias a la verdad y a la rectitud, que perjudican a la persona jurídica contra quien se lleva a cabo ese comportamiento; o, como también dice el léxico, mediante un «acto tendente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros»⁹³, sin que necesariamente comporte engaño personal⁹⁴. Por ello, la *disposición* supone llevar a cabo cualquier acto de incorporación de los bienes, incluida la adquisición de obligaciones a cargo de los mismos, sea que ello se haga de forma temporal o definitiva⁹⁵; por eso, se afirma, que «el legislador está pensando en un acto de disposición en *beneficio propio y perjuicio ajeno*, pero no como incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, sino como uso o abuso del administrador respecto de los bienes de la sociedad de modo que supone una extralimitación de las facultades»⁹⁶. Por tal razón, pues, el sujeto activo no lleva a cabo la apropiación de los bienes porque, de hacerlo, incurriría en un verdadero abuso de confianza al tenor de lo señalado en el art. 249. A este último respecto, es pertinente detenerse en el debate propiciado por la doctrina hispana: en efecto, de un lado, se afirma que «disponer fraudulentamente» de los bienes de la sociedad supone la utilización o aprovechamiento por los administradores, en beneficio propio o de un tercero, de los bienes que integran el patrimonio social sin que la sociedad obtenga compensación suficiente por ello y sin que tal disposición implique una actuación inherente al dominio con pretensión de excluir definitivamente al propietario del control sobre los mismos, es decir, sin que implique una apropiación de los mismos⁹⁷. No obstante, del otro lado, se postula que quien se apropia de los bienes sociales o de los socios con notoria deslealtad a la hora de realizar la administración de los mismos, puede incurrir en una doble conducta típica: la de apropiación indebida --que en parte equivale al abuso de confianza nuestro-- y una administración desleal: «en efecto, las actuaciones de apropiación o distracción de bienes sociales que, siendo de carácter dominical y teniendo una apariencia de legitimidad y regularidad, implican un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, son apropiaciones indebidas, pero también simultáneamente administraciones desleales societarias, pues implican *eo ipso* un acto de disposición fraudulenta de bienes. No hay acto de disposición de bienes más claro ni mayor deslealtad y fraude en la administración que la indebida y definitiva disposición dominical de apropiación de los bienes o distracción del dinero o efectos por el administrador social»⁹⁸. Como ejemplos de este tipo de comportamientos, se señalan los siguientes⁹⁹: la distribución de dividendos ficticios o que no pueden ser objeto de dicha actividad; el llamado «abuso de autocartera» por medio del cual se resta efectividad al capital social; la utilización de recursos sociales para atender a los gastos personales del administrador; la compra a la sociedad de mercancías o bienes por precio notoriamente inferior a su valor real; o, a la inversa: la venta a la sociedad de bienes por un precio sobrevalorado; la conducta de hacerse retribuir de manera excesiva por la realización de determinados informes, operaciones o indemnizaciones. Así mismo, se indican otros¹⁰⁰: la venta de inmuebles de la sociedad a precio de mercado, pero necesarios para su buen funcionamiento; la adquisición de inmuebles para la sociedad a precio de mercado, pero de nulo interés para el objeto social con miras a beneficiar a terceros (ejemplos de *disposición definitiva*). También los préstamos de dinero a amigos, administradores o a quien, con los mismos, pretende comprar la sociedad; el uso temporal de los bienes sociales para negocios privados del administrador (por ejemplo camiones de carga); los casos de desvío de los encargos comerciales hacia empresas de

titularidad del administrador; la pasividad en el reclamo del pago de deudas (dejar que se perjudique el derecho de crédito de la empresa para lesionar el patrimonio social); el no reclamo del pago de créditos favorables a la sociedad para beneficiar a un deudor; o, en fin, la desviación de fondos de la sociedad administrada al propio patrimonio o al de otra sociedad que es propiedad del sujeto activo (ejemplos de *disposición transitoria*). La segunda de las conductas acriminadas --que puede quedar englobada en la primera modalidad--, esto es la de *contraer obligaciones a cargo de la sociedad*

también en perjuicio de los socios ¹⁰¹, se presenta cuando el sujeto activo hace responsable a la sociedad de deberes u obligaciones que aumentan su pasivo «con abuso de las funciones propias de su cargo». Esto último es importante señalarlo porque si la conducta ejecutada no toca para nada con las funciones deferidas al sujeto activo, puede llegar a incurrir en un verdadero abuso de confianza y no en una administración desleal.

En quinto lugar, se debe examinar el *resultado*. A no dudarlo, este es un tipo de resultado material --además de lesión ¹⁰²-- porque se requiere que con una de las dos conductas o con ambas, se cause un *perjuicio de tipo económico a la sociedad y/o a los socios*: «*fraudulentamente*» y «*causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios...*», dice la Ley al plasmar una clara manifestación de un derecho penal que postula una intervención penal fragmentaria por lo

menos en este punto ¹⁰³. Ahora bien, se debe tener en cuenta que el perjuicio causado puede comportar tanto un daño emergente como un lucro cesante evaluable desde el punto de vista económico; además, tiene que ser *directo*: «*causando directamente*» dice el texto al referirse ambas especies de conducta ¹⁰⁴.

Este último adverbio, nada fácil de concretar, supone que no quedan cobijados los perjuicios indirectos que puedan afectar el patrimonio societario, lo que habrá de ser objeto de precisión en cada caso concreto; además, sirve para denotar al sujeto pasivo del delito ¹⁰⁵.

Para terminar debe decirse lo siguiente: como este tipo es de resultado cabe preguntarse si es posible realizarlo por omisión, esto es, si cabe la comisión por omisión (cfr. art. 25 del C. P.), enfrente a lo cual un sector de la doctrina se inclina por la respuesta negativa por entender que las dos conductas

parecen ser activas de forma predominante ¹⁰⁶; no obstante, algún sector de la opinión no descarta esta posibilidad y se ponen ejemplos como los siguientes: el administrador omite denunciar ante los órganos correspondientes la posesión de un bien de la empresa por parte de terceros que, en virtud del fenómeno de la prescripción adquisitiva o usucapión, adquieren la propiedad del mismo; o los casos que se denominan como de contracción de obligaciones (por ejemplo: a pesar de que se puede pagar una deuda, el administrador de forma consciente incurre en mora) ¹⁰⁷.

De igual forma, en sexto lugar, se deben estudiar el *nexo de causalidad y la imputación objetiva*. Como es apenas obvio, dado que se trata de un tipo de resultado, es necesario que entre la conducta

realizada y el resultado se presente una relación de causa a efecto ¹⁰⁸; además, se deben verificar los distintos niveles normativos de la imputación objetiva al tenor de lo señalado en el art. 9 inc. 2º del Código Penal, cuando señala que la causalidad por sí sola no es suficiente para la imputación jurídica del resultado (aquí entendido este último concepto en sentido jurídico, que no material): creación del

riesgo, concreción del riesgo en el resultado y el alcance del tipo ¹⁰⁹. Esas exigencias se desprenden, además de las inflexiones verbales utilizadas: «que *en beneficio* propio o de un tercero,... *disponga* fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de ésta *causando* directamente un *perjuicio* económicamente evaluable a sus socios». Esto es muy importante, porque para que haya conducta típica se deben configurar todas y cada una de las exigencias. Por ello, a título de ejemplo, no habrá imputación objetiva cuando se produzcan disposiciones fraudulentas de bienes de mínimo valor, o se causen riesgos mínimos (principio de la insignificancia); por eso, «habrá exclusión sólo de la tipicidad penal (pero no de la responsabilidad extrapenal: civil o mercantil para el administrador), en virtud del principio de insignificancia, en la causación de perjuicios mínimos, bagatelas, si hay un mínimo desvalor del resultado y de la acción, como en una

disposición fraudulenta de bienes de escaso importe» ¹¹⁰. Lo mismo sucede, en cualquiera de las dos conductas típicas, cuando las acciones realizadas por el agente sean adecuadas socialmente. Además, tampoco habrá imputación objetiva cuando se tratare de los llamados «negocios de riesgo» realizados por el sujeto activo dentro de «las funciones propias de su cargo»; por supuesto, una situación diferente se presenta cuando ello acaece por fuera de las atribuciones correspondientes, a no ser que se presenten eventos de atipicidad por mediar el consentimiento del sujeto pasivo para la realización

de las operaciones de que se trata ¹¹¹. En fin, tampoco hay tipicidad con la sola causación del perjuicio derivada de una mala gestión porque, como se ha dicho, «...la mala gestión, incluso la llevada a cabo con la mayor de las ligerezas no es constitutiva de delito. O lo que es lo mismo: *perjuicio no es nunca sinónimo de delito*» ¹¹².

En cuanto al *objeto material*, en séptimo lugar, debe decirse que lo son los «bienes de la sociedad», sean muebles o inmuebles, fungibles o no, de carácter inaprensible o inmaterial (piénsese en los derechos de propiedad intelectual o industrial), etc. Desde luego, hay hipótesis en las cuales ese objeto no se puede precisar con facilidad: piénsese en la utilización del personal de la empresa para beneficio personal (el administrador lleva a los operarios a laborar en su propio negocio), caso en el cual el «personal» no es un bien social a no ser que con ello se haga referencia a los costos de mantenimiento del personal ¹¹³.

2. El aspecto subjetivo. Esta es una figura que admite las diversas modalidades de dolo: directo y eventual ¹¹⁴; además, requiere de un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo, que es compatible con el dolo eventual, como se infiere del empleo de la expresión « *en beneficio propio o de un tercero*» ¹¹⁵ --que algún autor pretende equiparar al ánimo de lucro de otras figuras delictivas ¹¹⁶-- , todo lo cual torna a este supuesto de hecho en uno de resultado cortado por lo cual el delito se consuma sin necesidad de que se produzca un efectivo beneficio propio o de tercero y, por supuesto, basta con que el sujeto tienda con su actuación a obtener tal beneficio ¹¹⁷, idea que va de la mano de un contenido económico y que es el correlato del perjuicio exigido por la descripción típica. En otras palabras: con la introducción de este componente se excluye la tipicidad de ciertos comportamientos en los cuales el administrador actúa únicamente con la voluntad de perjudicar a la sociedad ¹¹⁸. No obstante, algún sector doctrinario ¹¹⁹ --conste aquí que la redacción legal propicia esa construcción dogmática-- entiende que la expresión « *en beneficio propio o ajeno*», es un segundo resultado típico pues el autor debe favorecer sus propios intereses o los de terceras personas, por lo cual se requiere el beneficio para alguien; sin esa exigencia típica la figura no estaría consumada. Por supuesto, ante las dificultades suscitadas por el texto --que, se repite, posibilitan una u otra construcción académica, con consecuencias bien distintas-- lo que sí es inadmisibles, dogmáticamente hablando, es aquella postura según la cual ese componente operaría al mismo tiempo como elemento subjetivo del tipo y como segundo resultado ¹²⁰.

B. Las consecuencias jurídicas. Según reza la Ley el autor de esta conducta, cuando se demuestre que ella es típica, antijurídica y culpable, incurre en una doble sanción: «...prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes». Además, procede la pena accesoria obligatoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y, por supuesto, la responsabilidad civil derivada del delito.

C. La unidad y pluralidad de acciones típicas. De todo lo dicho se infiere que son múltiples las situaciones que pueden generar discusiones en torno a la ubicación de conductas que puedan constituir administración desleal, pues ellas pueden ser constitutivas de estafas o de abusos de confianzas --máxime que el improvisado legislador no tuvo en cuenta que ya, en el art. 249-3, había previsto desde antes y con una pena más baja en su mínimo, una descripción típica de abuso de confianza que implica uso indebido, esto es, infidelidad en la administración de la cosa mueble ajena-- y no encajar en la descripción típica en examen; en ello se ha visto, con razón, la existencia de dificultades probatorias que se deben salvar en cada caso ¹²¹. Por eso, será necesario precisar muy bien cuáles son los elementos de los tipos penales en relación con los cuales se van a emitir los respectivos juicios de tipicidad para evitar, así, deducir posibles casos de concurso ideal de tipos cuando tal figura sólo es aparente; a tales efectos se debe acudir a los diversos principios que rigen este tipo de fenómenos (especialidad, subsidiariedad, consunción, etc.). También, en estos casos pueden ser muy frecuentes los eventos de delito continuado en sus diversas modalidades. Además, se debe ser muy cuidadoso a la hora de predicar la configuración de concursos de tipo material porque, en todo caso, es indispensable que las conductas acriminadas encajen en cada una de las descripciones típicas elegidas llenando todas y cada una de sus exigencias.

III. CONCLUSIONES

De todo lo dicho se puede afirmar para el debate: En primer lugar, no deja de ser importante que se haya introducido en el Código Penal esta herramienta, que llena vacíos existentes tratándose de la

persecución penal de diversas conductas societarias que tanto dañan la convivencia social al afectar plurales bienes jurídicos y que, adviértase, ya ameritan un título especial o un capítulo determinado en el Libro II del Código Penal.

Como es obvio, en segundo lugar, se corre el riesgo de que estas prescripciones se queden en el papel y ellas solo cumplan una función simbólica de la mano de un derecho penal llamado a rendirle tributo a las alegorías. Así mismo, en tercer lugar, llama la atención el hecho de que nuestro codificador no se haya tomado la molestia de hacer un examen atento de las figuras propias del derecho comparado limitándose, sin más, a reproducir --con algunas ligeras mutilaciones-- la normativa española de 1995 sobre la materia, algo imperdonable en un mundo como el actual. Desde luego, en cuarto lugar, lo más grave es que no se atendió a los múltiples cuestionamientos doctrinarios hechos a la construcción española para, por lo menos, tratar de evitar los yerros en que allí se incurrió y formular una mejor redacción, en especial cuando se miran sus nexos con la figura de la apropiación indebida

¹²², como se hizo en España luego de la reforma de 1995.

En fin, en cualquier caso, en quinto lugar, es de esperar que esta nueva incursión legislativa --así sea fruto de un episodio de plagio legislativo-- abra un necesario debate sobre el tema de los delitos societarios en nuestro país que, ojalá, conduzca a buen puerto la política criminal hasta ahora inexistente también en estos ámbitos, máxime porque cada día nos hundimos más en la globalización económica y en la integración supranacional, para el caso en materia del mundo de los negocios, donde la corrupción campea y permea todas las sociedades contemporáneas.

Valoración de la vigente tutela penal de la propiedad intelectual tras la reforma del Código de 2015

Luis Rodríguez Moro

Prof. Ayudante Doctor de Derecho Penal

Universidad de Cádiz

A día de hoy tengo el privilegio de trabajar bajo la tutela de Juan Terradillos en la Universidad de Cádiz, a la que llegué en adopción, a su Área de Derecho Penal, a finales de septiembre de 2010. Él fue uno de los varios artífices de que no tuviera que dejar la Universidad Pública en un tiempo en el que empezaba a ser muy difícil encontrar hueco en ella. Y aún a pesar de la *morriña* que siento por mi *terra galega*, he de reconocer que Juan ha contribuido a sentirme a gusto y querido en su equipo de trabajo. Pero mi sensación de privilegio se debe a algo más que estar bajo «su tutela». Sería más adecuado decir bajo su guía y, por qué no, su inspiración. En estos últimos siete años, desde que lo conozco de cerca, siento que lo que recibo de él, en los despachos, en las aulas, en los salones de actos y en los restaurantes o cafés en los que coincidimos, es una verdadera transmisión de conocimiento, pensamiento crítico y cultura --además de un gran divertimento-- que estimo muy enriquecedora.

Uno de los primeros días en los que fui receptor de este tipo de transmisiones fue en noviembre de 2010, apenas dos meses de mi llegada a Cádiz. Los compañeros del Área de Derecho penal de mi Universidad de origen, la de A Coruña, organizaban un Congreso titulado: *Dereito penal internacional e memoria histórica: desafíos do pasado e retos do futuro na protección dos dereitos humanos*, que se desarrolló entre los días 24 y 26 de noviembre de 2010. Se habló de Derecho Penal Internacional, de crímenes internacionales, del principio de justicia universal, de la posibilidad de perseguir los crímenes del franquismo y sobre la Ley de memoria histórica española de diciembre de 2007, sobre la que se centró la intervención de Juan para poner cierre a la sesión matutina del día 26. Como es lógico, tras el paso de tanto tiempo, por lo que más recuerdo su intervención es por las sensaciones que generó en mí. Fue una ponencia brillante en la que Juan intervino de pie, con micrófono inalámbrico, caminante, improvisador, sin una guía escrita más allá de la que constaba en un *power point* al que apenas miró. Y fue brillante por más que por el análisis jurídico que hizo de la ley. Sentí la transmisión de aquello a lo que me refería *supra* a través de la oratoria exquisita y cautivadora que le caracteriza: conocimiento, historia, ética, pensamiento crítico, reflexión, en definitiva, cultura y arte. Los silencios atentos de los asistentes, no acompañados de fugaces miradas al móvil, y el sonido de los aplausos al finalizar, confirmaron que no lo fue solo para mí.

Detrás de él, en la mesa de intervinientes en la que estaba tras haberlo presentado, al tiempo que lo escuchaba, me vinieron a la mente algunas conclusiones a las que había llegado en mi tesis doctoral --relativa a la tutela penal de la propiedad intelectual-- que acababa de leer en diciembre de 2009, y sobre las que había reflexionado. Básicamente confirmé que toda esa creatividad, sabiduría y conocimiento a través de obras de la creación, escritas o interpretadas, distribuidas o comunicadas

--por ejemplo, en un salón de actos universitario--, tienen que hacerse llegar al público con cierta libertad, sin impedimentos contraproducentes. Por su valor y potencial reflexivo, de inspiración y de retroalimentación (que albergan también las obras puramente artísticas o estéticas) y ello a través de una ley que no fuese restrictiva, que tratase de equilibrar los intereses de los creadores y de las productoras y empresas editoras que invierten en obras, por un lado, y los del público como receptor de ese conocimiento y arte, por otro, para alcanzar así el máximo desarrollo y progreso cultural.

Como punto de partida, esta valoración ha de efectuarse en sede civil. A este respecto, tanto los sistemas continentales de protección de la propiedad intelectual como los anglosajones del *copyright*, aunque diferentes, han tomado tradicionalmente una misma medida como nuclear de su sistema de regulación y tutela. Ambos reconocen unos *derechos patrimoniales en exclusiva y temporalmente limitados* en favor del autor y de determinados sujetos intervinientes en el proceso de creación (artistas, intérpretes y ejecutantes) y producción de las obras del ingenio (productoras y editoriales),

que recaen sobre las aportaciones de cada uno ¹²³. Estos sujetos son los llamados *titulares de derechos de propiedad intelectual*. Las obras del ingenio son creaciones inmateriales, que necesitan

exteriorizarse para que puedan ser reconocidas por las personas ¹²⁴. Sólo a partir de esta materialización llegan al público y se pueden aprovechar económicamente. El sistema de protección que han recibido las obras hasta ahora se centra en la atribución de la *exclusiva sobre esa materialización*, es decir, la *exclusiva sobre cualquier exteriorización* que se haga de la creación

intelectual ¹²⁵. Esta exclusividad se concreta en los llamados *derechos de explotación* (reproducción, distribución, comunicación pública, transformación) y se manifiesta de forma primordial en un *ius prohibendi erga omnes*, a través del cual el autor pueden «impedir» que todos estos poderes de

acción sean realizados por terceras personas sin su autorización ¹²⁶. Dicha exclusividad también se concede a los productores y editores sobre sus producciones o ediciones. Todo uso o actividad de materialización queda «reservado» para ellos. En esta exclusividad y en el sistema de autorizaciones --a cambio de remuneraciones-- para que terceros puedan utilizar la obra reside el funcionamiento económico de los derechos de propiedad intelectual. Pero no se trata de unos derechos «plenamente» exclusivos. Las leyes recogen unos «límites» a la exclusividad en consideración hacia los intereses de la generalidad, en beneficio del acceso a la cultura y del progreso cultural. Así, por ejemplo, el derecho a la reproducción libre de la obra para uso privado, a modo de cita o con fines de investigación, o la utilización libre de las obras transcurridos varios años desde su creación o publicación, tras la caída de éstas en el dominio público.

Durante la era analógica, este modelo «propietario» ha sido poco cuestionado para el cumplimiento de los fundamentos de la propiedad intelectual, ya que generaba buenos niveles de consumo. La exclusividad de uso ha conciliado con unos tiempos en los que la producción de obras estaba al alcance de pocos, ante los elevados costes de producción y distribución y, quizá también, el menor nivel formativo y cultural de la sociedad de la época, que redundaba en un menor volumen de creadores. Y también con unos tiempos en los que las copias de las obras en ejemplares tenían un valor económico importante, ante las dificultades de realización clandestina y privada con los

mismos niveles de calidad por los particulares ¹²⁷. Con el reconocimiento de estos derechos en exclusiva se recompensaba económicamente a los creadores y a los productores por su inversión, lo que estimulaba a crear y producir más y repercutía en una proliferación de productos culturales y en

un mayor desarrollo económico y cultural ¹²⁸.

Ya hemos podido asimilar cómo ha cambiado todo con la era digital, a partir de las nuevas formas de circulación inmaterial y simultánea de cualquier producto cultural reproducido que han surgido y que han cambiado de un modo radical en el modo de concebir y acceder a la cultura. Por Internet, las obras circulan, se copian, se descargan y se ponen a disposición del público en diferentes formatos y a través de innumerables sistemas de conexión de personas. Además, las ilimitadas copias digitales no autorizadas que se puedan hacer mantienen los mismos niveles de calidad que las originales, lo que ha provocado que la copia material pierda su valor y, por tanto, el sistema de comercialización de productos culturales en soportes materiales ¹²⁹.

Ya han quedado lejanos los candentes debates de principios de siglo sobre cómo enfocar la regulación de los derechos de propiedad intelectual ante esta nueva situación. Un sector optaba por flexibilizarlos, reducir su carácter exclusivo para permitir ciertos usos en la red u otros medios, sobre la base de que resulta productivo a efectos culturales y económicos, pues el nuevo contexto

tecnológico, lejos de ser perjudicial, ofrece posibilidades fructíferas para los titulares de derechos y para el progreso cultural. Según esta vertiente, el sistema de derechos exclusivos tenía su sentido productivo cuando los productos culturales eran bienes «escasos», y el coste de producción de las obras y el de hacerlas llegar al público sólo podía ser sufragado por pocas personas o empresas. Había una menor oferta de productos culturales debido a esos altos costes, pero se contrarrestaba con una gran demanda del público que mostraba una gran capacidad de atención ya que ésta se concentraba en un volumen menor de obras. Internet ha invertido la situación. Cualquier artista puede colocar sus obras a disposición de cualquiera en sus *webs* o en redes sociales y en dichos medios circular y residir de forma permanente. Se abrieron nuevas formas de promoción y distribución directa de obras, lo que ha implicado un exceso de oferta de productos culturales que los ha convertido en bienes «abundantes», lo que contrasta con la menor capacidad de atención del usuario. Una construcción de los derechos tan «en exclusiva» aleja a éste y reduce las ganancias. Ante la mayor dificultad de captar su atención, parece más adecuado que pueda disfrutar del producto, de algún modo, para atraer así esa atención más distraída, y tratar de obtener ganancias de otras formas. Además, la tecnología digital e Internet han abaratado mucho los gastos de producción y distribución, lo que hace perder fuerza a uno de los fundamentos del sistema de derechos exclusivos: la recuperación de esos elevados gastos ¹³⁰.

La otra línea a seguir era fortalecer (aumentar) el carácter «exclusivo» de los derechos de propiedad intelectual, para que siguiesen siendo respetados tal y como fueron diseñados. Ésta es la solución que proponían (y proponen) los *lobbies* de la industria cultural y las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual, y la que normativamente se ha seguido hasta la fecha. En España, con las reformas de la Ley de propiedad intelectual por la Ley 23/2006, de 7 de julio, y por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, sin perjuicio de la incorporación de saludables mejoras de adaptación a la era digital, se puede apreciar esa tendencia hacia el robustecimiento del sentido propietario de los derechos para mantener el sistema de mercado tradicional y dominar el nuevo en formato digital ¹³¹. Lo hace reduciendo las posibilidades de realizar copias privadas de obras en el ámbito físico, en algún caso a una sola copia, y ampliando el alcance de algunos derechos de explotación: como el de reproducción, que pasa a abarcar cualquier fijación de una obra « *directa o indirecta, provisional o permanente*», por cualquier medio y en cualquier forma --lo que supone todo uso de la obra--, o el de comunicación pública, que deja dentro del ámbito de control del titular toda puesta a disposición del público de sus obras a través de Internet, sea con la finalidad que sea; por ejemplo, toda colocación en *webs* o redes sociales.

La transformación de los bienes culturales en bienes en exceso significa más obras. Cultura más diversa y menos dirigida. Y hay más posibilidades de acceso a obras y de promocionarlas. Ante estas realidades y posibilidades, la línea de tutela a seguir debería dirigirse a aprovecharlas y no a anularlas. La clave reside en el equilibrio y conciliación de los intereses en juego, individuales y colectivos, privados y públicos. La respuesta legal a base de férreas restricciones de los usos en la red es reflejo de una inercia que se sigue a la hora de regular esta materia. La inercia de la expansión de los derechos de propiedad intelectual como única medida ante la adversidad ante cualquier avance de la tecnología, renegado al olvido el interés general --«el progreso y desarrollo cultural»-- que dio fundamento originario a las leyes de propiedad intelectual ¹³². Está claro que hay que seguir luchando contra todo acto de « *piratería*» en cualquier formato, pues no aporta valor añadido a la creatividad,

obstaculiza el desarrollo de los nuevos talentos y daña la cultura y economía locales ¹³³. Se necesitan unos derechos de explotación relativamente «exclusivos» a favor de los sujetos que intervienen en la producción cultural, que les incentiven y remuneren por su esfuerzo e inversión, y protejan sus intereses con cierto margen y durante cierto tiempo, incluso respecto de actos que no son propiamente de piratería. Pero nos decantamos por su flexibilización, de modo que permitan algunos usos en la red que no supongan ningún tipo de explotación. Usos relativos al derecho a compartir información y al mero disfrute de las obras. Esta liberalización sí aporta valor añadido a la creatividad. Incentiva e inspira la capacidad de innovación, aprendizaje y producción, y une a grupos humanos en torno a prácticas creativas en las que se recombina elementos culturales y cognitivos. El creador se sirve del entorno cultural, de las creaciones existentes --como las que se comunican en conferencias universitarias-- para desarrollar todas estas capacidades, por lo que el acceso a ellas debería facilitarse en buena medida, sin perjuicio de la protección de las ediciones comerciales ¹³⁴.

Con los años, se ha comprobado que Internet no «mata» a la cultura o a los «autores», sino solo al

sistema de negocio sobre el que la industria se había asentado. Aquellos debates de tanta actualidad dejaron de tener protagonismo en los medios. La industria cultural dejó de presionar por la defensa del mercado de obras en formato físico, y se concentró, tras aceptar la pérdida de su cruzada para poner puertas al campo del desarrollo de estas tecnologías, en batallar por sus intereses en el medio digital y sacar el máximo provecho en él. Resulta revelador que grandes y pequeñas empresas y la práctica totalidad de autores están emprendiendo tácticas comerciales en la red que parten de esa liberalización de usos. Fórmulas comerciales que permiten al usuario acceder de algún modo al producto de forma gratuita, para captar su distraída atención, tratando de crear un estímulo para su posterior venta legal en la red o en formato físico (con ediciones atractivas) o para obtener ingresos de otros modos (conciertos, *merchandising*). O para acostumbrar al usuario al producto, por ejemplo, si se trata de software ¹³⁵, ofreciendo versiones gratuitas con las características básicas del programa, pero también versiones de pago con aplicaciones especializadas. Incluso en el ámbito de la investigación, jurídica o no, se aprecia como algunas editoriales tienden a poner en la red a disposición libre del público algunos trabajos publicados o parte de ellos. Y si es el propio autor o la empresa cultural la que por iniciativa propia tiende a actuar en esta línea, ¿por qué empeñarse en seguir regulando en el sentido inverso?

Está claro que la adaptación de la regulación de la propiedad intelectual a este nuevo contexto social, económico y tecnológico debe efectuarse en sede civil, aunque también debe dejar huella en sede penal. La concepción que se tenga de esta propiedad especial, en sintonía con los cambios que la redefinen y transforman, debe reflejarse en esa otra esfera jurídica, aunque, claro está, con la influencia de los principios que guían y limitan la operatividad del Derecho Penal. Así se ha producido, con variable acierto, en las importantes reformas del Código Penal de los años 2003, 2010 y 2015. Resulta necesario evaluar si los delitos relativos a la propiedad intelectual de los arts. 270 a 272 CP están adaptados y dan respuesta hoy a esta nueva realidad, si intervienen en el momento adecuado frente a conductas que merecen el reproche penal, y si tutelan de modo adecuado los intereses de los titulares, de forma que también se consiga contribuir al progreso cultural, aunque esta no sea su función primordial.

La regulación penal acierta al establecer un límite claro a su intervención al castigar únicamente actividades de «explotación ilícita» de derechos de propiedad intelectual ajenos, esto es, conductas de naturaleza comercial ¹³⁶. Esta exigencia se aprecia con mayor claridad tras la reforma del Código operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. En primer lugar, porque se añadió al catálogo cerrado de cuatro conductas típicas («reproducción», «plagio», «distribución» y «comunicación pública») una cláusula de cierre de contenido abierto que castiga al que «de cualquier otro modo explote económicamente» una obra o prestación, lo que otorga la misma naturaleza económica a todas las conductas. Pero también por el elemento subjetivo recogido en todos los tipos de actuar «con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto», referencia que sustituyó en 2015 a la de actuar «con ánimo de lucro». Este nuevo elemento enfatiza el carácter patrimonial del beneficio buscado. La Circular 1/2006, de la Fiscalía General del Estado sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, ya interpretaba el «ánimo de lucro» en este sentido más estricto de «lucro comercial» ¹³⁷, y así lo venía aplicando la jurisprudencia. Este lucro es el que provenga de una actividad destinada al comercio, el que se pretende obtener con la explotación no consentida de derechos de propiedad intelectual de contenido económico que entra en competencia con la explotación comercial lícita de esos derechos. Y así se ha de seguir interpretando aunque el tipo utilice una expresión de contenido más amplio, esto es, beneficio «económico» en vez de «comercial» (que sería lo más correcto) ¹³⁸, pues la intención comercial se deduce de la cláusula de cierre referida *supra* que castiga cualquier modo de «explotar económicamente» obras o prestaciones. Esta interpretación, consolidada por los nuevos términos legales, otorga a los delitos una mayor lesividad que justifica la intervención del Derecho Penal, delimita mejor el ámbito civil y penal de protección, y es la que mejor se ajusta al sentido de la norma y a la realidad social ¹³⁹, teniendo en cuenta la consideración actual que se ha defendido de los derechos de propiedad intelectual. Por tanto, se excluyen del tipo determinadas conductas ilícitas inspiradas por la intención de ahorro del valor del precio de mercado de los ejemplares de las obras. Es el caso de las descargas ilícitas de obras a través de *webs* o la subida e intercambio de archivos en redes P2P o en cualquier otro tipo de plataforma digital ¹⁴⁰. Son infracciones que pudieran merecer algún tipo de respuesta legal, aunque no la del Derecho Penal. Afectan al sistema de negocio sobre el que se había asentado

la industria cultural, pero ese negocio ya no es tan nuclear como antes, y los perjuicios que le puedan ocasionar son relativos. No se puede saber si las personas que las realizan invertirían en la consumición de esos productos a través de los cauces legales. Aun siendo infracciones de tales derechos aportan un mínimo de valor añadido al suponer un mayor acceso de la ciudadanía a la cultura, un potencial descubrimiento de más oferta cultural que se puede transformar en beneficios por otras vías y un relativo fomento para la creación cultural, sin que ninguna constituya la explotación comercial de derechos ajenos. Por otro lado, también es un acierto que se explicita que el « *beneficio económico*» que se ha de buscar pueda ser « *directo*» (obtención de dinero a cambio de la prestación ilícita) o « *indirecto*» (a partir de lo obtenido de los anunciantes por la colocación de *banners* publicitarios en las *webs* ilegales). Esta segunda forma venía siendo admitida por la jurisprudencia, pero no de forma unánime, por lo que se despejan las dudas sobre su inclusión ¹⁴¹.

Otra novedad introducida por la LO 1/2015 es el tipo específico del apartado 2 del art. 270 CP, que ofrece una respuesta penal a una práctica que se venía desarrollando con habitualidad durante los últimos años que ha ocasionado enormes pérdidas a las empresas del entretenimiento, y que hasta la fecha no tenía encaje en ningún tipo penal. Se trata de la creación de páginas con enlaces (*links*) a redes P2P o lugares de almacenaje externo en el ciberespacio (espacios de «descarga directa de archivos») para la obtención de copias de obras protegidas. Estas páginas favorecen, orientan e intermedian entre los usuarios colocando enlaces, que hacen referencia a obras, que una vez pulsados por alguien le reenvían a una red P2P para que se produzca la descarga desde el equipo de otro, que es quien la tiene reproducida en su equipo informático, o tras clicar el enlace se produce la descarga directa de un equipo a otro. Estas *webs* no tienen almacenada ni reproducida obra alguna ni, por tanto, obras que comunicar al público. No realizaban conducta típica por lo que su actividad devenía atípica. Por ello, el tipo del art. 270.2 CP sanciona al « *prestador de servicios de la sociedad de la información*» que « *facilite de modo activo y no neutral, y sin limitarse a un tratamiento técnico, el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual*». A continuación, el tipo recoge una relación de formas de facilitación activa y no neutral: « *ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios*». Estas actividades de recopilación, ordenación o clasificación de los enlaces, incluyendo carátulas, títulos, sinopsis o subtítulos, que acompañan a la mera función de «enlazar» son las que evidencian una labor activa en cuanto a la facilitación de contenidos protegidos que supone su explotación, no es neutral, por lo que merece su sanción penal. Sí será neutral y atípica la mera conducta de intermediación técnica, como la de motor de búsqueda que te dirige a contenidos protegidos (*Google*). También se requiere actuar « *con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto*». Si el prestador no obtiene nada por el servicio ofrecido la conducta será atípica ¹⁴².

La exigencia de actuar « *en perjuicio de tercero*» también ejerce de límite entre la tutela penal y civil de la propiedad intelectual. Constituye un elemento objetivo que exige que las conductas sean idóneas para producir un perjuicio patrimonial a los titulares. Por tanto, requiere que las conductas que no lesionan el bien jurídico (la reproducción) generen un peligro real para dicho bien ¹⁴³, lo que tradicionalmente se aprecia en si afectan a un número plural de obras, esto es, que no se trate de conductas aisladas que respondan a fines distintos de los de explotar derechos ajenos. Esta acertada exigencia parte de que no toda reproducción o comunicación pública ilícita de obras implica una reproducción o comunicación legal dejadas de adquirir. La exigencia opera también en el tipo relativo a las *webs* de enlaces, por lo que se deben excluir aquellas conductas que enlacen de forma ocasional a un número reducido de obras. El Preámbulo de la LO 1/2015 lo aclara cuando señala que el tipo no afecta a quienes « *meramente enlacen ocasionalmente a tales contenidos de terceros*». Se aprecia cómo la Ley acepta la cotidianidad de estas prácticas por los usuarios, en las redes sociales o en *webs*, y no aprecia en ellas un perjuicio de relevancia penal, lo que resulta un acierto.

El legislador de 2015 incorporó las « *prestaciones*» como objeto material típico junto a las obras. El Preámbulo de la LO 1/2015 no dice nada al respecto y la Ley de propiedad intelectual no recoge este término en su articulado. Pero vendrían a ser todos aquellos «productos» a los que se le asignan derechos de propiedad intelectual en dicha Ley y que, por exclusión, no son obras. A pesar de ello, una buena parte de la doctrina se inclina por una interpretación teleológica con la que reduce el concepto a los derechos de productores y entidades de radiodifusión sobre grabaciones audiovisuales y emisiones y transmisiones de eventos deportivos (por tanto, no obras), sobre la base de que la falta

de protección penal de los derechos sobre estas prestaciones es la que más insatisfacción ha generado en los últimos tiempos, al haber surgido prácticas en la red gravemente dañinas para sus titulares (caso «rojadirecta»)¹⁴⁴. Pero hay otros productos que no son obras sobre los que recaen derechos de propiedad intelectual respecto de los que no se generó ningún revuelo mediático. Por ejemplo, las «meras grabaciones audiovisuales y fonográficas» y las «meras fotografías» que son las comunes capturas en vídeo o audio o fotográficas hechas por cualquiera de forma ordinaria y que retratan esporádicos momentos de la realidad. Son prestaciones a las que la Ley concede, a sus realizadores, emisores o productores, un derecho de esta naturaleza. Ante el silencio del legislador sobre los contornos de este elemento típico, estimando que la generación de un revuelo mediático no es por sí solo un motivo de peso para efectuar una interpretación penal del término más restrictiva, y ante el hecho de que puedan surgir prácticas en el futuro especialmente dañinas para unos, otros o todos los derechos sobre prestaciones, parece oportuno inclinarse por considerar que el tipo abarca a todas las prestaciones reconocidas en la Ley¹⁴⁵, aun a riesgo de la expansión del ámbito punitivo que esta interpretación supone. Parece lo más acertada, aunque siempre que se evite este expansionismo con una interpretación aún más restrictiva de las exigencias típicas, dado el menor reconocimiento artístico y creativo de estas prestaciones en la Ley. La conducta debe suponer la explotación ilícita de esos contenidos, estar guiada por la finalidad de obtener un beneficio «comercial», cometida «*en perjuicio de tercero*» y, con base en el principio de insignificancia, se debe reducir su incriminación solo a conductas particularmente graves, por su volumen de difusión, cantidad de prestaciones afectadas u otros factores¹⁴⁶, lo que permitirá que la punición de conductas con respecto a estas prestaciones sea extraordinariamente limitada.

La mayor crítica a la vigente regulación tiene que ver con el castigo atenuado de la venta ambulante o meramente ocasional del art. 270.4 CP. Esta figura nació con la LO 5/2010, de reforma del CP, que introdujo una primera versión de un tipo privilegiado que recogía supuestos específicos de «distribución al por menor», aunque su razón de ser residía en dar respuesta a la realidad de la venta ambulante de copias piratas de obras en lugares públicos realizada por inmigrantes en situación irregular. Se justificaba en la quiebra del principio de proporcionalidad que se producía cuando se les castigaba con el tipo básico (pena de prisión), al ser sujetos que son instrumentalizados por las mafias y que delinquen para subsistir¹⁴⁷. Se había optado por reducir la gravedad de las penas aplicables a estos sujetos creando un tipo atenuado (art. 270.1 CP, párrafo 2) y una falta (art. 623.5 CP) para cuando el beneficio obtenido no fuera superior a 400 euros. El legislador de 2015 ha empeorado esta regulación en el nuevo art. 270.4 CP al agravar de un modo injustificado la respuesta punitiva a esta realidad en unos «tiempo digitales» en los que mercado de copias piratas en formato físico es cada vez más residual, en el que ni siquiera las entidades de gestión se personan ya como parte en el proceso, y en el que no pocos jueces siguen buscando argumentaciones jurídicas, más o menos acertadas, con las que excluir su castigo penal (acudiendo al principio de insignificancia o intervención mínima, apreciando estado de necesidad o no apreciando el ánimo de obtener beneficios económicos). Ciertamente es que la agravación no ha sido premeditada. El tipo privilegiado sigue existiendo con una atenuación doble, en dos apartados: en el primero se castiga la venta ambulante o meramente ocasional, y en el segundo, con una pena aún más reducida, la venta ambulante o meramente ocasional a pequeña escala, de «beneficios escasos» y cometidos por personas en estado de especial necesidad económica. La agravación derivó de la eliminación de las faltas, pues ha provocado el efecto perverso de que toda realidad de *top manta*, con independencia de los beneficios que genere, incluso si no se prueban, pase a ser delito, cuando hasta la fecha casi la práctica totalidad se venían instruyendo por la falta del art. 623.5 CP, que ofrecía un tratamiento mucho más privilegiado que el recogido en cualquiera de los dos tipos atenuados del actual art. 270.4 CP¹⁴⁸.

También resulta crítico el tratamiento de las conductas favorecedoras de estos delitos, de los arts. 270.5 c) y d) y 270.6 CP, que castigan simples actos preparatorios. Las dos primeras (introducidas en 2015) se cometen directamente sobre los dispositivos o medidas tecnológicas eficaces que se hayan incorporado para la protección de obras y prestaciones (claves de acceso, sistemas *anticopy*). En la letra c) se castiga la «eliminación» o «modificación» de dichas medidas para favorecer o facilitar la realización de las conductas de los apartados 1 y 2 del art. 270 CP, y en la letra d) su «elusión» o la «facilitación de ésta última», para facilitar a terceros el acceso al ejemplar de una obra, acceso que no es delictivo. El tipo del art. 270.6 CP adelanta aún más la intervención del Derecho Penal al castigar las conductas de «fabricar», «importar», «poner en circulación» o «poseer» cualquier medio

destinado principalmente a suprimir o neutralizar tales dispositivos protectores sin autorización y con fines comerciales. La mayor crítica reside en las penas, pues son delitos de peligro abstracto que reciben las mismas que los tipos básicos que ponen en necesario peligro o lesionan el bien jurídico. Ello supone una incomprensible e injustificada quiebra del principio de proporcionalidad, al tiempo que se pone en duda el principio de lesividad. La figura del art. 270.6 CP sí recoge una pena inferior en su límite superior (3 años en vez de 4), aunque éste sea superior al previsto antes de 2015 (2 años), y excesivo en cualquier caso. Se debe optar por una interpretación especialmente restrictiva de los elementos de estos tipos con la que reducir su aplicación a supuestos verdaderamente graves ¹⁴⁹.

Finalmente, la Ley de 2015 ha ampliado de un modo desorbitado los límites superiores de la pena de prisión. Se elevan de 2 a 4 años, en los tipos básicos y en dos de los que castigan actos preparatorios, y de 4 a 6 años, en los agravados del art. 271 CP. El Preámbulo de la LO 1/2015 no lo justifica. Solo se refiere abstractamente a tratar de «*ajustar la respuesta penal a la valoración de la gravedad de la infracción cometida*» que es lo que explica que, «*con esa finalidad, se fije un marco penal amplio*», que es como no decir nada. No se menciona alguna realidad criminógena que pudiera exigir esa valoración de la gravedad de la pena hacia arriba. ¿Quizá los casos de webs de enlaces, por una supuestamente más amplia y simultánea afectación de derechos de propiedad intelectual? Sin compartirlo, ello explicaría una elevación de la pena en el tipo del apartado 2, pero no en el resto. ¿Quizá la más necesitada tutela como «prestaciones» de los derechos de los productores y entidades de radiodifusión sobre las grabaciones y retransmisiones de eventos deportivos? Ello supondría sobrestimar esos derechos conexos por encima de los de los autores sobre sus obras, que se contradiría con la valoración que la Ley de propiedad intelectual hace de tales derechos. No hay explicación razonable para semejante elevación de las penas.

La vigencia de la categoría delito de cuello blanco cuando los delitos socioeconómicos se comenten en contextos normalizados

Laura Zúñiga Rodríguez

Profesora Titular de Derecho Penal

Catedrática Acreditada

Universidad de Salamanca

I. INTRODUCCIÓN

Resulta de gran satisfacción para mí contribuir con algunas reflexiones sobre las características de la delincuencia económica actual y el daño social que generan en nuestros países, ideas en muchos casos inspiradas en los escritos del Profesor Terradillos. Fue uno de los primeros profesores que conocí en España y siempre me deslumbró su capacidad crítica, sus férreas convicciones personales y su entrega a la Academia. Puedo decir que constituyó un referente en mi carrera académica, por eso no podía dejar pasar esta ocasión para dedicarle este pequeño trabajo.

De los muchos escritos que le he leído, extraigo el siguiente párrafo, para tomar el relevo y plantear algunas ideas a fin de intentar, con las limitaciones que posee el Derecho Penal, dar respuestas a las dificultades para prevenir los comportamientos criminógenos que se suceden a vistas de todos nosotros, especialmente la corrupción pública, la corrupción privada, en general los delitos cometidos por quienes ostentan el poder político o económico en la Sociedad. Decía TERRADILLOS: «La revisión crítica de los excesos del modelo económico neoliberal, caracterizado por impulsos objetivamente criminógenos que nadie parece querer domeñar; la orientación de la política criminal a la tutela de todos los bienes jurídicos implicados en el juego económico y no solo a garantizar las condiciones de desenvolvimiento de éste; la garantía de no discriminación vinculada al *status* de los sujetos implicados, en ninguna de las fases de la criminalización; el respeto a la igualdad en las relaciones internacionales, de modo que idéntico rigor e idéntica tolerancia sean comunes a todas las partes; la vigencia de las garantías propias del Derecho penal democrático también en la lucha contra la delincuencia económica; la superación, en esta materia, de la inhibición del sistema penal, que ha pasado del punitivismo simbólico a la complicidad; la revisión del proceso penal, de modo que desaparezcan los obstáculos al inicio o a la prosecución del procedimiento de los que pueda abusar la parte procesal y económicamente más fuerte; etc., etc., deberían ser algunos de los primeros pasos a dar» ¹⁵⁰.

Como se trata de una contribución concisa, me centraré en las siguientes ideas: 1. Los delitos socioeconómicos se cometen hoy en día camuflados dentro de los negocios lícitos. 2. Validez de la categoría de delito de cuello blanco.

II. Los delitos socioeconómicos se cometen en contextos normalizados

Hace algunos años que la realidad criminal ha desbordado los planteamientos teóricos y la vigencia de las normas. Las conductas de señores de cuello blanco, ya sea en el mundo de las finanzas, la empresa o la Administración Pública, así como en bufetes de abogados, notarios o asesores patrimoniales que crean empresas *offshore*, ayudan a evadir las obligaciones impositivas de las personas al igual que favorecen el reciclaje del dinero ilícitamente obtenido por una organización criminal, son asuntos que ocupan los medios de comunicación como escándalos financieros, de corrupción pública o privada ¹⁵¹, prácticamente cotidianos. Las diversas formas de criminalidad organizada transnacional crean sinergias y colaboran entre sí aprovechando los avances en la era de la información, facilitando aún más las formas de realización de estos delitos. Está pues absolutamente claro que los instrumentos jurídicos no están siendo idóneos para prevenir la criminalidad económica y la criminalidad organizada que azota a las sociedades actuales, llámense países desarrollados, emergentes, pobres, fallidos, etc. Los costes para la economía mundial de estos fenómenos criminales están siendo verdaderamente cuantiosos, por no hablar de los costes sociales directos e indirectos que estos fenómenos criminales traen a las sociedades en que se desarrollan, como inseguridad ciudadana, violencia, mayores índices de corrupción, economía informal, etc. Los costes generados por la corrupción pública y privada están aún por cuantificar, pues resulta muy difícil determinar las pérdidas para la Sociedad del dinero coludido entre políticos y empresarios para beneficios mutuos. Son los delitos para la obtención de grandes ganancias ilícitas.

Se pueden señalar muchos casos donde se evidencian comportamientos delictivos de las grandes ganancias ilícitas, pero quizás convenga ir al meollo del asunto y evidenciar el significado de los paraísos fiscales en todo este crimen global ¹⁵². El descubrimiento de los llamados *Panamá Papers* en abril de 2016, muestra algo que «todo el mundo sabía», un despacho de abogados, el Mossack-Fonseca, dedicado a la creación de cientos de miles de sociedades *offshore* de políticos, empresarios, deportistas, traficantes, terroristas, etc., poniendo en evidencia cómo funcionan los paraísos fiscales y los profesionales que se dedican a ofrecer servicios que facilitan el blanqueo de capitales en todo el mundo. El sistema *offshore* que funciona con el consentimiento de las autoridades de los países considerados paraísos fiscales, se encarga de proveer sociedades pantalla, creando una barrera de protección alrededor de los verdaderos propietarios (opacidad), con la designación de directivos que en realidad no actúan como tales (testaferros), sino son «hombres de paja» designados directivos fiduciarios por el despacho Mossack-Fonseca. El procedimiento es fácil, limpio, muy barato y, sobre todo, garantiza que no se conocerá el nombre del verdadero propietario del dinero ¹⁵³, con lo cual es el lugar ideal para todos los negocios turbios del mundo: tráfico de armas, tráfico de drogas, financiación del terrorismo, corrupción pública y corrupción privada, etc. El bufete tiene filiales o conexiones con muchos bufetes ubicados en Zurich, Ginebra, Luxemburgo, España ¹⁵⁴, etc. La forma de crear la barrera de protección frente al patrimonio real y que permite borrar las huellas del origen del dinero, es que no trabajan con clientes finales, sino tan solo con intermediarios, como abogados, gestores de patrimonio o bancos. De tal manera que Mossack-Fonseca trabaja como un holding: si alguna de sus filiales o bufetes asociados tuviera algún problema legal, siempre podrá desconectarse, sin sufrir perjuicio alguno. Mientras más movimientos se hagan, sobre todo si intervienen más países (mejor si son paraísos fiscales), más difícil será seguir el rastro del dinero ¹⁵⁵. Las ventajas que este entramado ofrece para el ocultamiento del origen del dinero son evidentes: la organización, la cadena de pasos por los que va pasando el dinero borran su rastro y por tanto garantiza la opacidad. Además, la transnacionalidad de la red le otorga la dificultad en su persecución, pues mientras se mueva el dinero por más países, más problemático resulta la recuperación de las ganancias ilícitas. La red permite la conexión y la desconexión en función de los intereses concretos y admite cortar la cadena de movimientos del capital, en el momento deseado. De manera que en un procedimiento penal es fácil decir, «yo no sabía», y por tanto, no se puede comprobar un componente del delito referente al tipo subjetivo del blanqueo: el conocimiento del origen ilícito de los bienes.

La *corporate crime*, como se conoce en Criminología norteamericana a la criminalidad cometida desde las corporaciones, es el concepto que comprende la realización de estos delitos de cuello blanco de las sociedades reales y fantasmas, que protagonizan los latrocinios de los últimos tiempos. La situación de poder que caracteriza a la mayoría de sujetos que cometen delitos a través de

sociedades ¹⁵⁶, refuerza estos comportamientos en una sociedad de riesgos y configura una serie de caracteres distinguibles: personas bien situadas social y económicamente, alto grado de impunidad, comportamientos adecuados socialmente, conductas que rozan la ilegalidad.

¿Cómo hacer frente a estos comportamientos lo más efectivamente posible? ¿Los comportamientos de este despacho de abogados Mossack-Fonseca pueden encuadrarse en la delincuencia económica o se trata de sujetos favorecedores de la criminalidad organizada? Parece, pues, que al llegar al ámbito del blanqueo de capitales, las líneas demarcatorias entre ambas formas de criminalidad se difuminan,

al ser el lugar convergente de todos los fenómenos criminales caracterizados por el lucro ilícito ¹⁵⁷.

La contaminación de la criminalidad organizada en el mundo empresarial es evidente en Europa. Las más poderosas organizaciones criminales modernas europeas han llegado a una etapa de desarrollo económico al invertir en empresas legales su dinero ilícitamente obtenido. Se trata de un proceso económico que se ha venido desarrollando en las últimas décadas, en el que se observa que el capital ilícito acumulado durante la década de los setenta y ochenta, es introducido en el mercado financiero gracias a la apertura de los mercados y a la creación de estructuras comerciales, legales y ficticias, por medio de testaferros, colaboradores, con la asesoría de abogados o agentes financieros. Es lo que

los italianos denominan «el período de la mafia-empresa o mafia financiera» ¹⁵⁸, lo cual con la apertura de los mercados dentro de Europa, constituye una amenaza potencial a todos los Estados

europeos. En el último *Informe del Parlamento Europeo, el Informe Iacolino* ¹⁵⁹, se hace eco de esta preocupación al señalar que «la criminalidad organizada comprende dos esferas de actividades: de un lado las organizaciones criminales están comprometidas en un cada vez mayor número de negocios legítimos y, de otro lado, las mismas tienden a mantener sus tradicionales actividades ilícitas usando métodos del mundo de los negocios e intercambiando la administración de prácticas y beneficios de ambos lados». También la *Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011*, en su punto 5 «expresa su más profunda preocupación ante los intentos por parte de la delincuencia organizada de infiltrarse en los ámbitos político, administrativo a todos los niveles, económico y financiero; pide a la Comisión Europea, al Consejo y a los Estados miembros que centren su acción disuasoria en la lucha contra los activos de origen delictivo, incluidos los ocultos tras una red de testaferros, simpatizantes, instituciones políticas y grupos de presión; subraya que *la lucha contra la delincuencia organizada debe tener plenamente en cuenta los delitos de "cuello blanco"*». De ahí que para la Política Criminal moderna sea importante estudiar la responsabilidad penal de los profesionales colaboradores con la criminalidad organizada y la corrupción: notarios, abogados, agentes bancarios, contables, etc., que crean los entramados societarios para el blanqueo de capitales o camuflar los negocios ilícitos.

III. LA VIGENCIA DE LA CATEGORÍA DE DELITO DE CUELLO BLANCO

En 1949 Sutherland puso de manifiesto que podía haber similitudes entre la *Corporate Crime* y la *Organized Crime*, al definir el delito de «cuello blanco» como *delito organizado*, estableciendo el siguiente parangón entre el delito de «cuello blanco» y el robo profesional: primero, la delincuencia de las corporaciones al igual que la de los ladrones profesionales es persistente; una gran proporción de los delincuentes son reincidentes. Segundo, la conducta ilegal es mucho más extensa de lo que indican las acusaciones y denuncias. Tercero, el hombre de negocios que viola las leyes para regular los negocios generalmente no pierde su *status* entre sus asociados. Y, cuarto, los hombres de negocios generalmente sienten y expresan desprecio hacia la ley, el gobierno y el personal del gobierno ¹⁶⁰. Con esta observación Sutherland se encargaba de enfatizar los aspectos comunes entre estas formas de criminalidad: delincuencia profesional, realizada en muchos casos en entornos inocuos (normalizados), por lo que carecen de reproche social y veneración por la desregulación con el fin de tener mayores espacios de impunidad.

1. ¿Es un delito el delito de cuello blanco?

Es el título de uno de los capítulos del libro de Sutherland que podemos ahora incluso volver a plantear dadas las percepciones sociales que, al parecer, posee la ciudadanía sobre esta clase de delincuencia. Después de estudiar una serie de infracciones cometidas por las corporaciones, Sutherland plantea el siguiente problema: «desde el punto de vista de la teoría de la conducta delictiva, ¿son los actos ilegales de las corporaciones, que se titularon anteriormente, análogos a los hurtos, robos y otros delitos que se incluyen corrientemente dentro de los límites de la conducta delictiva?» ¹⁶¹. Cuestión que se plantea ante las dudas de configurar como delito comportamientos que son meros ilegalismos realizados en los negocios, pero que producen gran daño social, como «las

restricciones al comercio, la falsa representación publicitaria, la infracción de patentes y derechos y las prácticas laborales injustas, en violación de la Ley Nacional de Relaciones Laborales» ¹⁶². El mismo autor, más adelante responde a la pregunta planteada: «la característica esencial del delito es que es una conducta prohibida por el Estado como daño a ese Estado y contra el cual el mismo debe reaccionar, al menos como último recurso, por medio del castigo. Los dos criterios abstractos, generalmente considerados por los estudiosos legales como elementos necesarios en una definición de delito, son *la descripción legal de un acto como socialmente dañino y la provisión legal de una pena para ese acto*» ¹⁶³.

Por supuesto la respuesta a la cuestión planteada depende de la teoría jurídica que se utilice. Desde un punto de vista positivista sólo sería delito aquella conducta descrita por la ley y varios de los comportamientos que se comenten en el ámbito de las finanzas no están tipificados como delitos, o sólo lo han sido muy recientemente, como sucedió con el delito de tráfico de influencias o administración desleal, por ejemplo. No obstante, ya en la década de los noventa, buena parte de las infracciones económicas han pasado a considerarse delitos al quedar tipificados en el nuevo Código de 1995. Es decir, el legislador español, al igual que sus homónimos del entorno cultural, ha dado el paso de tipificar las infracciones económicas graves en el corazón de la legislación penal. Así, más allá de la discusión sobre la legitimidad de los delitos económicos, existe un consenso general en la doctrina de la relevancia penal de las conductas que protegen determinados bienes jurídicos de carácter social o colectivo, esto es de la dañosidad social de estos comportamientos y del merecimiento y necesidad de pena, aunque se haya señalado algunas dificultades en las técnicas de tipificación, como la indeterminación de los tipos penales, el abuso de la técnica de la ley penal en blanco, la proliferación de delitos de peligro, incluso abstracto, etc.

La criminología crítica al utilizar el método de análisis de las teorías del etiquetamiento y de las subculturas a las poblaciones carcelarias, puso de relieve el *carácter desigual del Derecho Penal*. Esto es, no todos los sujetos tienen la misma probabilidad de ser objeto de definición penal. La criminalidad es desde los postulados de la criminología crítica, como lo manifiesta Baratta: «"un bien negativo" distribuido desigualmente según la jerarquía de los intereses fijada en el sistema económico y según la desigualdad social de los individuos» ¹⁶⁴. Desde estos postulados se pueden entender mejor por qué los comportamientos criminales cometidos por los poderosos no son considerados «delitos», o no tienen el estigma o la carga social negativa que poseen los comportamientos propios de la delincuencia callejera. O, dicho de otro modo, suele considerarse «delito» y criminal, con la carga negativa que ello conlleva, los comportamientos realizados por los sectores marginales, porque el poder de definición lo ostentan en la sociedad los poderosos. Son éstos quienes a través de los medios de comunicación, de las estructuras sociales tienen la capacidad de configurar los mapas mentales de la mayoría de las personas y, por supuesto, pueden lograr criminalizar o descriminalizar determinadas conductas en el Parlamento.

El poder, que en la sociedad capitalista lo ostentan quienes poseen el capital, viste, limpia, descriminaliza ante el imaginario colectivo, la prensa, los policías, los jueces y fiscales que son los que en definitiva van a aplicar las leyes. Por eso es difícil someter a la delincuencia económica a los mismos parámetros que la delincuencia callejera. Como sostiene QUINTERO: «la delincuencia económica se presente como parte del propio sistema, insomitable a los mismos principios que esta otra, intratable con las mismas penas... sería absurdo esperar que el bloque dominante se volviera contra sus propios miembros, sometiéndoles a un sistema represivo generado para otros» ¹⁶⁵.

¿Por qué van a querer infringir las normas aquellos que lo tienen todo? Sólo los marginados de la sociedad pueden querer arrebatar a los demás sus bienes. GEIS se ocupa de la motivación del delito de cuello blanco: «Como sucede con la mayoría de conductas criminales, la suya es llevada a cabo para lograr algo que desean, algo que creen que no puede ser obtenido legalmente, al menos no sin un grado de dificultad, aunque el desafío y la euforia también pueden ser factores de motivación... Una ventaja considerable de contar con una determinada posición y con poder consiste en que éstos permiten a su poseedor infringir la ley de modos más refinados que los disponibles a los ciudadanos de a pie, especialmente para aquéllos que de algún modo se hallen desposeídos o enajenado... La observación más común sobre el delito de cuello blanco cometido por parte de aquellos que parecen estar tan acomodados que no necesitan tener infringir la ley, es que su motivación es la avaricia» ¹⁶⁶.

El documental *Inside Job*, de Charles Ferguson, cuenta claramente todo el proceso de desarrollo de la Gran Recesión actual, desde la desregulación económica de la era Reagan/Thatcher (que profundizó

el demócrata Clinton), hasta el estallido de las hipotecas *subprime* y la caída de bancos, agencias de calificación y grandes empresas. Con una narrativa cinematográfica que imprime un ritmo frenético como frenéticas fueron las ganancias, el documental muestra cómo los directivos de las grandes empresas iban acumulando ganancias, bienes, lujos, como jets privados, apartamentos en Manhattan, todo era poco para saciar la avidez de las ganancias. Para ello contaron con los lobbys desreguladores, analistas corruptos, agencias de calificación compradas, productos derivados opacos, calificados como «armas de destrucción masiva», amenazas a los legisladores y pagaron a expertos académicos «independientes» de la Universidad de Harvard, para fomentar un sistema de depredación. La avaricia, ese pecado capital, es la motivación que se observa en estos negocios que, como la droga, anima a tener cada vez más sin importar cómo, ni cuáles son las consecuencias de sus actos. Ahora bien, ¿por qué va a ser pecado si el sistema capitalista está organizado para fomentar las ganancias? ¿Dónde están los límites entre la especulación lícita e ilícita?

Una dificultad para el tratamiento de estos delitos es, precisamente que *no se tiene conciencia social de la ilicitud de los comportamientos*, porque muchos comportamientos de los negocios se encuentran en la frontera de lo permitido. No la tienen los propios sujetos que los realizan, ni la ciudadanía en general que no percibe el daño social que causa este tipo de criminalidad. No puede haber arrepentimiento de quien no tiene conciencia de haber cometido un delito.

2. La percepción social de la criminalidad de cuello blanco

La configuración social de lo que es delito y a quiénes consideramos responsables para imponerles penas, como el castigo mayor de la sociedad, no pasa solamente por las tipificaciones penales, detrás de ellas existen una serie de variables sociales, como valores, creencias, estereotipos, formas de reaccionar frente a los comportamientos desviados, una red de instituciones y conceptos que denominamos *control social*. Se trata de una serie de mecanismos, formales e informales, que establecen los límites de los comportamientos y determinan las respuestas a esos comportamientos por parte del cuerpo social. Este proceso, que en muchos casos es sutil, como en la educación en la infancia o en los propios medios de comunicación, va configurando mentalmente aquello que se considera admitido y prohibido, aceptado o inaceptable.

El catedrático de Criminología de la Universidad Estatal de Pensilvania, Richard BALL se ha ocupado especialmente del tema de la conformidad de estos comportamientos en la Sociedad. BALL sostiene: «El delito de cuello blanco ha pasado a ser aceptable en muchas organizaciones (Coleman, 2002). En parte porque los delincuentes de cuello blanco son personas con una formación mayor que la de la mayoría de los delincuentes y mucho más preocupados por su "respetabilidad"... A veces la legitimación procede de la propia sociedad. ...como Estados Unidos, por ejemplo, estos delitos mencionados están basados en parte en el espíritu general que ensalza las virtudes de una

competencia fuerte» ¹⁶⁷. Utilizando la teoría general de sistemas (TGS), estudia cómo sucede este proceso de legitimación dentro de la propia organización: «La TGS insiste en que las organizaciones tienen sus propias propiedades independientes de los empleados que comprenden, y en que estas propiedades están constituidas tanto por la estructura de la organización como por la naturaleza de las relaciones que establece entre los empleados...Por ejemplo, existen muchas pruebas de que las grandes organizaciones como las sociedades anónimas funcionan mediante una ampliación de los mecanismos psicológicos de defensa individuales como la negación, la despersonalización, el aislamiento de la afectación y la compartimentalización ética, junto con una represión de otras características como la preocupación por la ética personal contraria a la organización. De este modo "reconstituyen" a los empleados» ¹⁶⁸.

A los efectos de estudiar la proliferación de los delitos económicos y su negación por parte de la sociedad, conviene no olvidar ese refuerzo positivo en cuento a valores, formas de proceder, que discurren de puertas adentro de las organizaciones y que propician dichos delitos. Suelen ser formas de actuar incluso imperceptibles por los propios miembros del grupo en tanto están «normalizadas», de ahí la inexistencia de una conciencia en la ilicitud de la conducta. Formas de actuar que están reforzadas hacia fuera por la cultura, como la cultura de la competencia, la idea de que es un «triunfador» quien posee determinados bienes, que a veces para ganar hay que arriesgar incluso al límite de lo ilícito, que todas las personas tenemos un «precio», la flexibilización de la moralidad, la carencia de valores, etc. Como anota BALL, «lenta y sutilmente van excediendo los límites de las prácticas aceptables hasta ser finalmente "normalizadas". Ello se lleva a cabo en ocasiones a través de "técnicas de neutralización" (Sykes y Matza, 1957) que proporcionan excusas para "neutralizar" las normas jurídicas en determinadas circunstancias, mientras continuamos

acogiéndonos a ellas en abstracto. Estas excusas incluyen la negación de la responsabilidad, la negación de daños, la negación de la víctima, la condena de los condenadores y la apelación a lealtades más elevadas» ¹⁶⁹.

El otro enunciado que corresponde desarrollar es cómo esa percepción de normalización o comportamiento neutral de los delitos de cuello blanco ha traspasado a toda la sociedad. En primer lugar, está la cultura en la que vivimos que, como se ha dicho, premia a quien tiene poder y dinero, y al relativizarse los valores, no importa cómo se obtienen. Se considera un triunfador o un ganador a quien posee bienes en propiedad, por el contrario, un perdedor, un ocioso, un marginal, quien no es capaz de trabajar para ganar y adquirir bienes. He ahí el trasfondo del doble tratamiento penal de la delincuencia de cuello blanco y la delincuencia marginal por parte de la Política Criminal moderna que despenaliza los comportamientos de los primeros y demanda rigor para los segundos. El lento pero inminente cambio del control social centrado en la resocialización hacia la retribución, magistralmente analizado por GARLAND, está asimismo en el trasfondo de esta doble vara de medir esas dos clases de criminalidad, pues las políticas de tolerancia cero sólo se han aplicado para la delincuencia marginal. La explicación está en los marcos conceptuales que mayoritariamente han sido instalados en la sociedad.

El catedrático de lingüística y ciencias cognitivas de la Universidad de California, George LAKOFF define los *frames* o marcos como «las estructuras mentales que le permiten al ser humano entender la realidad y, a veces, crear lo que entendemos por realidad... Los marcos facilitan nuestras interacciones más básicas con el mundo: estructuran nuestras ideas y nuestros conceptos, conforman nuestra manera de razonar e incluso inciden en nuestra percepción y en nuestra manera de actuar.»

¹⁷⁰. Los marcos conceptuales se instalan en el inconsciente y nos sirven para interpretar la realidad. Los marcos definen el «sentido común» y configuran la opinión pública. El mismo autor señala: «los conservadores han conseguido cambiar el "sentido común" y los progresistas les han dejado hacerlo»

¹⁷¹. El admitir una tolerancia social importante para los delitos cometidos por los poderosos es un gran logro de los sectores interesados en ello. Mientras los sectores conservadores han conseguido atraer la atención frente a fenómenos criminales callejeros, violentos, la gran criminalidad económica se estaba embolsando millones de dólares en sus bolsillos. El centrar la cuestión de la responsabilidad penal como un tema individual y no social, es otro gran logro. Asimismo, el focalizar todos los problemas sociales, como la criminalidad, en una cuestión de pérdida de valores familiares, es un gran *leit motiv* de los sectores conservadores que permite distraer las verdaderas causas, como son las pérdidas de empleo, la inseguridad de los mismos y, especialmente la caída de los salarios de los trabajadores en los últimos años ¹⁷².

En segundo lugar, la sociedad no percibe la dañosidad social de estos comportamientos. Un ingrediente importante en esa aceptación o cuando menos benignidad en el tratamiento de la criminalidad cometida por los poderosos es la falta de consciencia social de los daños que produce. La ciudadanía no es capaz de percibir conexiones entre esa gran criminalidad de las ganancias ilícitas y la crisis económica actual, por ejemplo, con la consiguiente pérdida de puestos de trabajo, rebaja en el nivel de vida, inseguridad social, seguramente porque no hay relación causa-efecto lineal y se necesita investigar mucho para ubicar las conexiones. Como sostiene Martínez-Buján, el ciudadano medio no tiene conciencia de la gravedad de la criminalidad socioeconómica y, sucede precisamente lo contrario que con la criminalidad callejera: aquí el riesgo objetivo es mucho mayor que la sensación subjetiva. Y, precisamente, una de las causas de la insuficiente represión de los delitos económicos estriba en su supuesta «neutralidad» o apariencia de «licitud» ¹⁷³.

En tercer lugar, esta visión benigna de la gran criminalidad económica está continuamente reforzada por los medios de comunicación ¹⁷⁴. Por supuesto que esta tolerancia social frente a la criminalidad económica no podía llevarse a cabo si no fuera por la caja de resonancia de los medios. LAKOFF analiza cómo los marcos conceptuales se configuran con ideas simples y a base de repetir insistentemente las mismas, por tanto, los medios de comunicación adquieren suma importancia para la configuración de dichos marcos. Si la determinación cultural de lo que entendemos por delito y a quiénes exigimos responsabilidad penal es un proceso configurado dentro de las instancias de control social, los medios de comunicación, (tv, prensa, Internet, etc.), en la sociedad de la información, son los encargados de construir y reforzar esos marcos conceptuales.

IV. COLOFÓN

Una de las preocupaciones más importantes de la Política Criminal actual es verificar que la criminalidad de las grandes ganancias ilícitas (criminalidad organizada, criminalidad empresarial, corrupción privada, corrupción pública) discurre detrás de negocios lícitos. El aprovechamiento de paraísos fiscales, la utilización instrumental de sociedades *off shore*, testaferros, delitos camuflados detrás de negocios legales y ayudados por profesionales, hace de estas formas de criminalidad ciertamente muy peligrosas, porque contaminan toda la Sociedad. En muchos casos, estamos ante lo que Sutherland denomina *delito de cuello blanco*: sujetos bien situados social y económicamente a los que la selectividad penal no logra aprehender, por una serie de factores culturales, por los medios de comunicación que en muchos casos distraen su atención, por la confluencia de valores sociales que fomentan la corrupción, motivos por los cuales se produce una baja persecución penal. Asimismo, la baja percepción social sobre su dañosidad social dificulta aún más su persecución.

Estafa y fraude de subvenciones: una revisión de sus relaciones concursales

M^a del Carmen Gómez Rivero

Catedrática de Derecho Penal

Universidad de Sevilla

I. ESTAFA Y FRAUDE DE SUBVENCIONES

Diversas y complejas son las cuestiones que suscita el delito de fraude de subvenciones y de las que, en su rica producción científica, se ha ocupado el Prof. Terradillos Basoco. Esta contribución, dedicada a la difícil relación entre aquel delito y el de estafa, pretende servir de homenaje al admirado maestro.

A nadie debiera extrañar el carácter singularmente tortuoso de la relación entre ambos tipos delictivos a la vista de su gran parecido morfológico. De hecho, tal aspecto no sólo plantea la cuestión relativa al régimen concursal entre dichos delitos, sino que fue precisamente su innegable parecido el que inspiró la inicial polémica en torno a la necesidad de la contemplación autónoma de lo que en el fondo no dejaban de ser estafas a la Hacienda Pública. En lo que se refiere a la cuestión atinente a las relaciones concursales entre ambas tipologías delictivas, hay que reconocer que el debate no sólo está presente en la doctrina especializada sino también en la jurisprudencia, en la que es posible apreciar importantes oscilaciones interpretativas, con el consiguiente riesgo de reservar un tratamiento desigual a similares supuestos de hecho. Vaya por delante que, al igual que sucede en general con cualquier relación concursal entre preceptos del Código penal, el condicionante teórico de la solución viene dado por la determinación de cuál sea el interés o intereses protegidos en cada uno de los tipos delictivos en concurso, lo que en el caso que nos ocupa lleva a confrontar el representado por la protección del patrimonio --propio del delito de estafa-- con el tutelado por el tipo de fraude de subvenciones. La importancia de tal aspecto contrasta, sin embargo, con la polémica que rodea a la determinación de cuál sea éste, tal como tendremos ocasión de recordar a lo largo de esta contribución.

Baste de momento señalar que, si bien con distinto alcance e implicaciones, las dudas interpretativas sobre dicho régimen concursal se extienden tanto a los supuestos en los que la cuantía del fraude alcanza el montante requerido para la aplicación del art. 308 CP como a aquellos otros en que la defraudación no supera tal cifra, en tanto que en ambos se ventila, en última instancia, el trato más o menos severo que se reserve para los fraudes relativos a la función de gasto de la Hacienda Pública. Precisamente desde este punto de vista político criminal o de orientación a las consecuencias, anticipábamos ya que la cuestión se complicó considerablemente desde el año 1995 debido al diseño de penas que desde entonces reservó el legislador para uno y otro delito. La dificultad estaba servida, en tanto que pareciera deducirse de su cotejo que la voluntad legislativa fue la de beneficiar los fraudes a la Hacienda Pública frente a las consecuencias que serían de aplicación recurriendo al tipo clásico de estafa, una conclusión desde luego difícil de entender para las posiciones mayoritarias que parten de que los distintos intereses protegidos por el tipo penal de fraude de subvenciones comprenden y desbordan a los de la estafa. Conforme a esta comprensión, que ya desarrollé en otro

trabajo ¹⁷⁵ —, se trataría de proteger dos intereses que ciertamente corresponden a un mismo sujeto, la Hacienda Pública, si bien contemplados desde dos perspectivas distintas: por un lado, la función estática de protección de su patrimonio; por otro, la perspectiva dinámica representada por la consecución de los fines e intereses que pretende alcanzar con el empleo de dichos fondos. Resulta así que con el delito de fraude de subvenciones se protegen, en el mismo plano, dos bienes jurídicos, patrimonio y consecución de la finalidad del programa subvencional, en tanto intereses indisociables. Tal posición puede sin embargo cuestionarse seriamente en un plano *de lege lata* atendiendo a las penas previstas por el legislador, respectivamente, para el delito de estafa y el de fraude de

subvenciones. Así resulta a la vista de que desde el año 95 nuestro Código penal optó por reservar una pena inferior al fraude de subvenciones que al delito de estafa. En concreto, para los fraudes superiores a 120.000 euros el art. 308 CP prevé una pena de prisión de uno a cinco años, además de una de multa del tanto al séxtuplo de su importe. Por su parte, el art. 250 CP castiga con la pena de prisión de uno a seis años junto con la de multa de seis a doce meses aquellas estafas en las que el valor de lo defraudado supere los 50.000 euros. De hecho, tal comparación de penas se ha erigido en el principal argumento manejado por algunos autores para sostener que los intereses patrimoniales no tienen cabida en el delito de fraude de subvenciones¹⁷⁶. Esta cuestión nos introduce precisamente en el núcleo central de la polémica, a saber las relaciones entre el delito de estafa y el de fraude de subvenciones.

II. LAS RELACIONES CONCURSALES ENTRE LA ESTAFA Y EL FRAUDE DE SUBVENCIONES

Las dificultades para el trazo de las relaciones concursales entre ambas figuras delictivas se plantean tanto en los casos en que concurren en el caso en cuestión la totalidad de los elementos típicos del art. 308 CP, incluida la cuantía de lo defraudado, como en aquellos otros en los que están ausentes algunos de ellos y, en lo que a la cuantía se refiere, el fraude se queda bajo el umbral de los 120.000 euros. Analizamos por separado cada uno de los grupos de casos.

1. Supuestos en que el fraude cumple todos los requisitos para ser subsumido en el art. 308 CP y, entre ellos, alcanza la cifra de los 120.000 euros

Se trata en este apartado la cuestión relativa a la calificación que deban recibir los casos en que el fraude cumple todos los requisitos para poder ser subsumido en el art. 308 CP, incluida la cuantía requerida en este precepto, concurriendo además los elementos típicos del delito de estafa. Existe práctica unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia a la hora de considerar que en tal supuesto procede apreciar un concurso de leyes, no de delitos, entre ambas calificaciones. A esta conclusión se llega sin fisuras si se parte, como se hace en estas líneas, del solapamiento parcial de los intereses protegidos en uno y otro tipo delictivo, en concreto, la protección del patrimonio, resultando entonces que la pretensión de apreciar un concurso de delitos supondría una clara vulneración del principio del *ne bis in idem*¹⁷⁷. En realidad las dudas interpretativas se concentran tanto a la hora de determinar cómo haya de solucionarse tal relación concursal como el concreto principio de los consagrados en el art. 8 CP conforme al cual se determine la prevalencia de la aplicación de uno u otro precepto.

Aun reconociendo que la cuestión dista de ser pacífica, ha sido frecuente en la doctrina sostener la aplicación preferente del delito de fraude de subvenciones a partir de su especificidad así como de la prevalencia de los intereses político criminales a él subyacentes. A esta solución tuve ocasión de adherirme en otro lugar¹⁷⁸, considerando que su resolución habría de discurrir conforme a la regla tercera del art. 8, que contempla el principio de *consunción*, en tanto que el art. 308 CP sería más amplio o complejo que el delito de estafa, absorbiendo la lesión que experimenta el Erario Público. Tal criterio, sin embargo, no solo ha encontrado cualificados detractores en la doctrina, sino que ha sido puesto en tela de juicio por algún reciente fallo jurisprudencial que propone dar prioridad a la aplicación del delito de estafa. En lo que a la doctrina se refiere, en este sentido se pronunció MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ¹⁷⁹ y de forma posterior, entre otros¹⁸⁰, NIETO MARTÍN¹⁸¹. Conforme a tal entendimiento, el ámbito específico de aplicación del art. 308 CP comprendería los casos en que no viniera en consideración el tipo común de estafa por no concurrir alguno de sus requisitos típicos; de forma destacada, porque el engaño fuera posterior a la concesión de la ayuda¹⁸², o bien porque aun cuando el beneficiario hubiera falseado y ocultado las condiciones requeridas para ello, emplease posteriormente los fondos obtenidos en la actividad subvencionada. En sentido contrario, resultaría de preferente aplicación el delito de estafa allí donde se dieran sus elementos típicos, de modo paradigmático en todos los casos en que se acreditara que el beneficiario recurrió a la institución de la subvención con el único objetivo de lucrarse de unos fondos que nunca pensó destinar a la actividad subvencionada¹⁸³. En ellos, y aun cuando concurrieran también los elementos requeridos por el art. 308 CP, este precepto habría de ceder a favor de aquél otro. A tal entendimiento llega el citado autor en atención a las penas previstas para uno y otro delito, así como desde el reconocimiento de que la conducta contemplada en el art. 248 CP supone una efectiva lesión al patrimonio --público en este caso-- mientras que el fraude de subvenciones se orientaría a proteger el patrimonio frente a agresiones previas a la lesión. En palabras de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, tales premisas arrojan una clara relación entre ambos preceptos, de modo que «el fraude de subvenciones

representa, pues, en realidad, un mero adelantamiento de la barrera de protección del bien jurídico del patrimonio público tutelado en el delito de estafa» ¹⁸⁴.

Como en parte anticipábamos, tal interpretación no sólo ha encontrado eco en la doctrina, sino también en la jurisprudencia. Resulta obligada al respecto la cita de la STS de 28 de noviembre de 2013 (RJ 2013/8397), dictada en relación con un supuesto en el que los administradores de una entidad colaboradora manipularon la documentación relativa a la solicitud de una subvención por parte de la que sería la empresa beneficiaria, siendo la finalidad de aquélla la impartición de unos cursos formativos a los trabajadores. La ayuda concedida, por importe de 132.318,20 euros, fue apropiada por dichos administradores, con el resultado de que no llegó a ser aplicada a la actividad subvencionada. Según consta en los hechos probados, los beneficiarios de la subvención no llegaron a tener conocimiento de la trama fraudulenta. La SAP de Valladolid de 30 de noviembre de 2011, que conoció de los hechos en primera instancia, condenó a los acusados por un delito de estafa agravada del art. 250 CP por razón de la cuantía del fraude. Llegó a tal conclusión a partir de la consideración de que el delito de fraude de subvenciones es especial, con la consecuencia entonces de que en el supuesto enjuiciado no podría apreciarse un elemento típico del art. 308, cual es la condición de beneficiario de quien realiza la maniobra fraudulenta. Si bien criticando la inaplicabilidad del delito de fraude de subvenciones en el caso concreto por razón de los sujetos activos, el fallo del Tribunal Supremo confirmó la calificación de los hechos conforme al delito de estafa. Para el Alto Tribunal, aun cuando en el caso en cuestión estén presentes todos los elementos típicos del delito específico contra la Hacienda Pública, resultaría de preferente aplicación el delito de estafa, lógicamente también en tanto que concurren sus presupuestos. Resultaría así que el art. 308 CP tan sólo sería aplicable allí donde no pudiera apreciarse aquella otra tipicidad, lo que será el caso en que «pese a invertir los fondos en la actividad subvencionada... se ha engañado al ente público concedente de los requisitos establecidos o cuando el propósito de desviar el importe de la subvención emerge con posterioridad». Según el TS varios argumentos avalarían tal conclusión. En primer lugar, la mayor pena que en la actualidad tiene el delito de estafa (en su tipo cualificado) frente al fraude de subvenciones. Resultaría incomprensible, según la Sentencia, que el patrimonio de la Administración resultara infratutelado por medio del expediente de considerar de aplicación preferente un tipo delictivo con penalidad inferior a la estafa cuando se dan todos los requisitos de ésta. Tal razonamiento se corresponde con el punto de partida que adopta la Sentencia en relación con el interés protegido por el fraude de subvenciones, considerando, en concreto, que «está pensando primariamente en algo diferente al patrimonio público que ya está debidamente protegido en otras normas». De forma más específica afirma el fallo que la razón de ser del art. 308 CP «se encuentra más en la perturbación del plan de la subvención de acuerdo con las condiciones prefijadas en el programa, que en el menoscabo del erario público». Esta argumentación lleva al Tribunal a estimar improcedente recurrir al art. 308 para sancionar los casos en que efectivamente se produce un daño patrimonial, sanción que, por ello, en el Código Penal no alcanza la gravedad de la prevista para el tipo de estafa. De nuevo, en palabras de la Sentencia, «sólo así adquiere plena coherencia la decisión del legislador de sancionar en todo caso con mayor pena la estafa que el fraude de subvenciones, así como la de seguir manteniendo un límite cuantitativo tan elevado para caracterizar el objeto material de este delito (art. 308)». En segundo lugar y como argumento adicional, alude el Alto Tribunal a la incorporación al Código Penal del art. 307 ter por la reforma operada por la LO 7/2012, que castiga el disfrute fraudulento de determinadas prestaciones de la Seguridad Social, sin exigir cuantía mínima para considerar delictivo el fraude. De nuevo, en palabras del fallo, «no tendría sentido que no se exigiese cuantía mínima para alcanzar rango delictivo a lo que puede ser menos grave (prestaciones) y sí se exigiese para las subvenciones». En tercer lugar refiere la ubicación sistemática del fraude de subvenciones que, según la Sentencia, resalta el papel preponderante que ocupa el interés de la Administración en el cumplimiento del plan para el que se establece el régimen de subvenciones, siendo así que la tutela del patrimonio de la Administración se canaliza por los tipos ordinarios. Sería posible de este modo admitir la aplicación del delito de fraude de subvenciones a los casos en que no se produce una lesión patrimonial, al concentrarse el sentido de la tipificación de este delito más en la perturbación del plan de la subvención de acuerdo con las condiciones prefijadas en el programa que en el menoscabo del erario público. Deduce de lo anterior la Sentencia que cuando concurren todos los requisitos típicos de la estafa será esta figura de apreciación preferente, de modo que el ámbito de aplicación del fraude de subvenciones se ceñiría a los casos en que no se dieran los presupuestos de aquélla «bien por no poderse hablar en rigor de perjuicio al no existir frustración de ningún fin por haberse empleado lo recibido en la actividad

subvencionada; bien por no existir dolo antecedente en relación a esa frustración del fin para el que se otorgaba la subvención; bien por carecer de entidad los requisitos ocultados o falseados para afirmar la imputación objetiva, etc». En concreto, en relación con la modalidad de obtención, quedarían comprendidos en el fraude de subvenciones casos como el de quien obtiene la subvención ocultando o simulando un requisito esencial para ello, si bien invierte efectivamente el importe en los fines previstos. Frente a estos casos, merecería una pena mayor, que asegure el delito de estafa, aquellos otros en que el beneficiario, aun cumpliendo todos los requisitos exigidos para obtener la subvención, omite la actividad que se comprometió a llevar a cabo. Por su parte, en relación con la modalidad de malversación de los fondos, según la misma Sentencia, sólo serían reconducibles a la estafa los casos en que quede acreditada la existencia de un plan premeditado para desviar el importe de la subvención una vez concedida.

Aun sin desconocer cuanto de razón asiste a los argumentos esgrimidos por la Sentencia así como en general por la doctrina que defiende tal línea interpretativa, hay que admitir que tampoco la postura propuesta resulta totalmente satisfactoria, ni a la vista de la configuración positiva del fraude de subvenciones ni desde un punto de vista político criminal o de orientación a las consecuencias. Distintos argumentos pueden manejarse en este sentido crítico.

El primero de ellos se refiere ya al ámbito de aplicación que tal propuesta reserva para el art. 308 CP. Conforme acabamos de exponer, uno de los criterios que según aquel punto de vista determina la procedencia de la aplicación o no del art. 308 CP es la atención al momento en que se produzca el engaño --posterior o previo a la concesión de los fondos--. Bien pues, teniendo en cuenta tanto la letra de la ley como la razón de ser de la existencia de un precepto específico orientado a castigar en general los fraudes al Erario Público en la función de gasto, existen serias dificultades para conceder que el legislador haya querido discriminar dentro de la tipicidad de tal precepto el régimen del castigo de los fraudes de subvenciones dependiendo del momento en que tenga lugar la maniobra engañosa, con la consecuencia de que el art. 308 CP nunca sería aplicable allí donde concurriera desde el momento de presentación de la solicitud. Resulta, en efecto, difícil entender tal sesgo en el alcance de la norma cuando lo cierto es que tanto en el caso de los fraudes previos como posteriores a la concesión de la ayuda la entidad del injusto es idéntica desde el punto de vista de la frustración de

los fines así como desde la perspectiva de la lesión patrimonial sufrida por el Erario Público ¹⁸⁵. Y todo ello, insistimos, sobre la base de una vía interpretativa que no encuentra sustento ni en la letra de la ley ni en razones relacionadas con la entidad de la lesión. Lo injustificado de tal restricción se proyecta a las consecuencias entonces resultantes. En primer lugar, porque no puede calificarse más que como contradictorio que el caso en que el engaño sea posterior a la concesión y la cantidad defraudada supere los 120.000 euros reciba una pena inferior --la del art. 308 CP-- que aquel otro en que el fraude sea previo y la cuantía de lo defraudado oscile entre los 50.000 y 120.000 euros --en cuyo caso sería de aplicación el art. 250. 5 CP--. Pero en segundo lugar, porque no se entendería muy bien que la excusa absolutoria prevista en el art. 308 CP tan sólo fuese aplicable a los engaños posteriores a la concesión y, sin embargo, por la vía de la aplicación preferente de la estafa, no procediera el recurso a tal cláusula en los fraudes previos a aquel momento. Sobre lo improcedente de excluir la aplicación de una cláusula favorable al reo sin base en la letra de la ley tendremos ocasión de volver más adelante.

Continuando con la valoración que merece el ámbito de aplicación que, conforme a aquella doctrina, se pretende reservar para el art. 308 CP, hay que reconocer que no son menores, por otra parte, las objeciones que pueden esgrimirse en contra de la pretensión de reconducir a su ámbito de aplicación los casos en que, si bien el autor comete irregularidades relativas a los requisitos exigidos para la concesión, los fondos son finalmente aplicados al fin que la motivó. Serían los casos, en palabras de la STS de 28 de noviembre de 2013, en que «la finalidad del agente tiene consonancia con la legalidad: se constata un propósito de destinar los fondos al motivo para el que fueron otorgados, aunque no se tiene reparo en falsear u ocultar las condiciones requeridas para su consecución». Las críticas que despierta la propuesta de reservar el art. 308 CP para tal grupo de casos no se hacen esperar desde el punto de vista de la justificación de la intervención penal. Sería, en efecto, cuanto menos discutible la legitimidad del recurso a este orden en dichos supuestos, en tanto que a la postre se ordenaría a la sanción de un injusto formal, cuya represión es más propia del Derecho Administrativo que del Penal. Y es que si finalmente los fondos recibidos se aplican a la finalidad para la que fueron concedidos imposible será apreciar desde un punto de vista material una desviación de fines más allá del incumplimiento de los requisitos exigidos por la respectiva convocatoria, casos a cuya sanción debe ordenarse, en exclusiva, el orden administrativo.

A lo anterior habría que añadir todavía las objeciones de las que desde el punto de vista de las penas aplicables se hace acreedora la inclusión en el art. 308 CP de conductas que no suponen una lesión patrimonial. De una parte, porque recordemos que tal precepto dispone la aplicación de la pena de prisión de uno a cinco años (además de la pena de multa), sanción que pudiera resultar contraria a los *principios de proporcionalidad y mínima intervención penal* si se aplicara a estos supuestos de mero incumplimiento formal de las condiciones establecidas por la correspondiente convocatoria. Las críticas se extienden, de otra parte, a la comparación de las penas resultantes a la vista del sesgo que tal propuesta comporta dentro de la distinta fenomenología de fraudes a la función pública de gasto. No tendría sentido, en efecto, que de admitirse la doctrina que se critica, en el caso de las irregularidades meramente formales, la pena aplicable (la del art. 308 CP) fuese superior que la correspondiente a aquellos otros supuestos en los que se produce un perjuicio en el patrimonio público, si bien inferior a 50.000 euros (en cuyo caso procedería aplicar la pena prevista por el art. 249 CP). Todavía, por último, serían criticables las consecuencias que arrojaría tal construcción desde el punto de vista de una comparación relativa de los supuestos que los defensores de esta doctrina reservan para el art. 308 CP. Entre ellos están llamados a convivir aquellos en los que no se frustra el fin principal de la subvención, sino sólo las condiciones exigidas en el programa, con los casos en que tiene lugar tal frustración, si bien no pueden reconducirse al tipo de estafa por faltar alguno de sus requisitos. El resultado es una equiparación de penas para supuestos que a todas luces comportan un contenido de injusto muy desigual, una incoherencia que, de hecho, no ha pasado por alto a los defensores de tal propuesta, quienes sólo pueden proponer mitigarla de una forma muy limitada en el momento de determinación de la pena ¹⁸⁶.

Las objeciones no se agotan en los aspectos anteriores, consecuencia del ámbito de aplicación resultante, respectivamente, para la estafa y el art. 308 CP. Se extienden igualmente al núcleo esencial de la propuesta objeto de comentario, cifrado en el régimen de relaciones concursales entre ambos tipos delictivos. Y es que, aun cuando se admitiera que el interés patrimonial no está presente --o al menos no en los mismos términos que en la estafa-- en los casos en que se frustra el fin de la subvención y se concediera adicionalmente que el bien jurídico protegido por el art. 308 CP se cifra en exclusiva en la realización del plan que la respalda, tampoco se entendería que la relación entre el delito de estafa y el fraude de subvenciones se saldara con la exclusiva aplicación del primero allí donde pueda apreciarse la existencia de un daño al patrimonio. Por el contrario, de ser coherentes, en estos casos en que se produce un perjuicio patrimonial habría de apreciarse, junto con la estafa, el delito de fraude de subvenciones, en tanto que no se alcanza a entender que cuando la finalidad del sujeto activo sea la de obtener fraudulentamente una subvención no se frustre la consecución de los fines que le son inherentes, lo que demandaría entonces la aplicación conjunta de ambos preceptos cuyo ámbito de aplicación, según aquella doctrina, en modo alguno se solapa. Según hemos visto, sin embargo, no es esta una conclusión que aquella doctrina esté dispuesta a reconocer, al menos no con carácter general, a la vista de la --insostenible-- exasperación de las penas entonces resultantes ¹⁸⁷.

Sin abandonar los casos en que se produce un perjuicio patrimonial y para los que la propuesta que se critica propugna la exclusiva aplicación del delito de estafa, podrían esgrimirse otros argumentos críticos, relativos ahora a la comparación de penas entre la de este delito y la que resultaría aplicable de considerarse de preferente aplicación el fraude de subvenciones. Ciertamente es que al dar prevalencia al tipo de estafa se sortearía la incongruencia de castigar con una pena inferior los fraudes a la Hacienda Pública que los que recaen sobre un patrimonio particular. No por ello, sin embargo, las críticas desaparecen. Porque tan objetable sería que las estafas a la Hacienda Pública tengan menor pena que las realizadas a un particular, como que se castiguen de igual forma ambas modalidades de fraude. También de esta forma se desconocería la lesión del interés adicional representado por la frustración del fin, ajeno a los clásicos delitos contra el patrimonio. Como ya hemos tenido ocasión de poner de relieve, la eliminación de esta incoherencia requeriría que, junto con la aplicación del tipo de estafa, viniera en consideración el fraude de subvenciones, una consecuencia que, por las razones apuntadas relativas al excesivo rigor de las penas resultantes, sólo contados defensores de aquella propuesta están dispuestos a admitir.

No se agotan en los anteriores los argumentos con los que poner en tela de juicio la aplicación preferente de la estafa frente al fraude de subvenciones allí donde se produce un perjuicio patrimonial a la Hacienda. Singular peso adquiere todavía la objeción relativa al desconocimiento del régimen especial que el legislador penal ha reservado para este tipo de fraudes desde un punto de vista político criminal. Recordemos que para este delito, al igual que para el resto de los delitos contra la

Hacienda Pública interna, el legislador prevé una excusa absolutoria en el apartado 5 del art. 308 que permite eximir de pena a quien regularice su situación en las condiciones que contempla el precepto. Resultaría entonces que la pretensión de considerar en todo caso preferente la aplicación del delito de estafa comportaría prescindir de tal régimen especial de regularización, una solución que de nuevo resulta difícil de explicar teniendo en cuenta la estrategia de política criminal que subyace a su previsión. A ello habría que sumar aún la imposibilidad de aplicar la regla incorporada desde el año 2012 al apartado 7 del mismo precepto que, inspirada igualmente por razones de oportunidad, contempla la posibilidad de que los jueces y tribunales impongan al responsable del delito la pena inferior en uno o dos grados siempre que lleve a cabo el reintegro antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado. En virtud de esta norma, tal atenuación de la pena resulta también aplicable a otros partícipes del delito cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas en los términos que contempla.

Llegados a este punto y a la vista de los argumentos anteriores entiendo que la tipicidad del fraude de subvenciones está llamada a aplicarse con carácter general a los fraudes a la función de gasto de la Hacienda Pública que superen la cifra de 120.000 euros, sin que proceda introducir la restricción pretendida por aquella doctrina que venimos criticando. Es de aplaudir en este sentido la jurisprudencia que, también con carácter posterior a la ya citada Sentencia de 2013, ha considerado de preferente aplicación el delito de fraude de subvenciones frente al de estafa ¹⁸⁸, adhiriéndose en definitiva al que fue el criterio tradicionalmente mayoritario. Desde luego que, como ya hemos tenido ocasión de observar, a nadie escapa lo criticable que resulta en la actualidad el resultado que arroja la comparación de las penas del art. 308 CP con las previstas en el art. 250.5 CP para la estafa. Pero cierto es también que tal incoherencia tiene su origen en la modificación de penas experimentada por el delito de fraude de subvenciones en el año 1995 y que antes de esa fecha, desde que se introdujo en el año 85, este precepto y la estafa convivieron con penas entonces armónicas desde el punto de vista de la envergadura de los intereses protegidos por los fraudes a la Hacienda Pública. Si cuando se introduce el tipo de fraude a la función de gasto del Erario Público la inequívoca voluntad del legislador fue castigarlo siempre conforme a un tipo específico, parece sensato entender que el posterior «desajuste» de penas entre la de éste y la de la estafa, debiera explicarse antes como el fruto de la evolución aislada de cada uno de ellos que como un cambio de la inicial voluntad legislativa. Resulta así que el trazo actual de la pena del delito de fraude de subvenciones, criticable o no, ha de considerarse como expresión de la voluntad del legislador de castigar de un modo unitario --idéntico por lo demás a la respuesta que reciben los fraudes a la función de ingreso-- y con un régimen común de consecuencias los fraudes a las ayudas públicas, sin que proceda introducir sesgos en él, que muy dudosamente resultan compatibles con su sentido y razón de ser. De hecho, como hemos tenido ocasión de insistir en estas líneas, lo cuestionable de la pretensión distinta no se agota en atomizar el régimen de penas a aplicar a lo que no dejan de ser fraudes al Erario con idéntico contenido de desvalor. Se proyecta también y de modo visiblemente injustificado a la imposibilidad de aplicar en determinados casos los beneficios contemplados en el art. 308 CP, relativos tanto a la renuncia de la pena por la regularización prevista en el apartado 5 como a la atenuación de aquella en las condiciones contempladas en el apartado 7. A la vista de lo anterior y partiendo, pues, de que por razones de política criminal el legislador no ha querido castigar dichos fraudes conforme a una suma aritmética de la penas del tradicional delito de estafa y la que correspondiera a la frustración del fin para el que se concede la ayuda, si el concreto diseño de penas resultara criticable lo que procederá será postular, de *lege ferenda*, una revisión de las consecuencias jurídicas del art. 308 CP.

2. Casos en que el fraude no supera los 120.000 euros

La difícil relación concursal entre el delito de estafa y el de fraude de subvenciones se complica aún más si cabe en los casos en que la cuantía de lo defraudado no alcanza el montante requerido en el art. 308 CP. No es de extrañar que así sea en tanto que las consecuencias de la postura que se adopte se presentan mucho más drásticas que en el supuesto anterior, al plantear una disyuntiva, no ya entre la mayor o menor severidad del castigo, sino entre la posibilidad de fundamentarlo --conforme al delito de estafa-- y la opción de considerar el comportamiento impune.

Vaya por delante que la dificultad no se plantearía si se admitiera la doctrina criticada en el apartado anterior que, según vimos, da prioridad en todo caso al delito de estafa. De ser así, si el engaño fuese previo a la producción del perjuicio patrimonial, ya supere o no el fraude la cantidad de 120.000 euros, sería de aplicación en todo caso el delito de estafa. Distintas se presentan las cosas cuando se parte, como hacemos en estas líneas, de la prevalencia en general del fraude de subvenciones

respecto a la estafa allí donde se dan los elementos de ambos tipos delictivos, planteándose entonces la cuestión en torno a si recupera su autonomía el tipo de estafa.

No se afirma nada nuevo al recordar la notoria falta de uniformidad que tradicionalmente ha reinado al respecto, no sólo en la doctrina especializada sino también en la jurisprudencia. En lo que a esta última se refiere, baste recordar que mientras algunos fallos consideraron que en los casos en que no concurrían los requisitos para la aplicación del art. 308 CP recobraba su autonomía el tipo común de estafa (por ejemplo, las SSTs 13 de abril de 1999 [RJ 1999/4846]) y 19 de marzo de 2001 [RJ 2001/3560])¹⁸⁹, otros cerraron el paso a tal posibilidad (por ejemplo, STS 4 de julio de 1997 [RJ 1997/6236], STS 29 de septiembre de 1997 [RJ 1997/6700]), o 11 de diciembre de 2000 [RJ 2003/475], STS de 29 de enero de 2002 [RJ 2003\2019]; la STS de 1 de marzo de 2002 [RJ 2002/3587], la STS de 29 de mayo de 2002 [RJ 2002/5580], o la STS de 11 de diciembre de 2002 [RJ 2003\475]. Esta última interpretación fue declarada constitucional por el Tribunal Constitucional en su importante Sentencia 13/2003, de 28 de enero. El fallo concedió al recurrente amparo por considerar vulnerado el principio de legalidad, frente a las respectivas sentencias del Juzgado y de la Audiencia Provincial de Valencia que le condenaron por un delito de estafa al no alcanzar el montante del fraude la cuantía necesaria para apreciar el delito de fraude de subvenciones¹⁹⁰. Para el TC, «la existencia de un tipo distinto al aplicado (art. 308.1 CP) en cuya acción típica parece encajar más específicamente la conducta de la recurrente y que exige la superación de una determinada cuantía de lo defraudado, puede generar en el destinatario de la norma la expectativa de que cualquier obtención fraudulenta de subvenciones o ayudas sólo es punible por encima de dicha cuantía, adoptando su conducta a dicho entendimiento... carece de toda lógica afirmar... que la *ratio* de la especialidad radica en la cuantía, con lo cual el fraude de subvenciones sería ley especial por encima de los diez millones de pesetas y dejaría de serlo por debajo de esa cantidad. Por el contrario, ha de afirmarse que si el fraude de subvenciones fuera ley especial respecto a la estafa por encima de los diez millones de pesetas, la regla de la especialidad obligaría a entender que también la desplazaría cuando no alcanzase dicha cantidad, pues lo contrario sería absurdo y produciría consecuencias inaceptables» (FJ 5).

Según entiendo, este razonamiento, seguido por fallos posteriores en la jurisdicción penal¹⁹¹, encontraría respaldo en la Exposición de Motivos de la LO 7/2012 a la hora de justificar la incorporación al Código penal del delito de fraude a las prestaciones a la Seguridad Social. Conforme a cuanto se deduce de ella, el legislador parte de que los fraudes que no alcanzan la cuantía de 120.000 euros son impunes, y de ahí la necesidad de tipificar expresamente este otro delito, en tanto que es voluntad del legislador excepcionar aquél régimen: «Debido al antiguo concepto de subvención y a determinadas interpretaciones jurisprudenciales, se ha llegado a considerar como subvención a la prestación y al subsidio de desempleo. Con ello, se ha entendido que en estos casos sólo existía defraudación cuando la cuantía superaba la cifra de ciento veinte mil euros, quedando despenalizados los demás casos. Por ello, se reforma el artículo 308 del Código Penal para mantener dentro de la regulación del fraude de subvenciones únicamente las ayudas y subvenciones de las Administraciones Públicas cuando la cuantía supere la cifra de ciento veinte mil euros... Esta solución permite dar un mejor tratamiento penal a las conductas fraudulentas contra la Seguridad Social, y evita el riesgo de impunidad de aquellos fraudes graves que hasta ahora no superaban el límite cuantitativo establecido».

A nadie debiera escapar, de otra parte, la coherencia que introduce tal solución desde el punto de vista de las consecuencias que arroja. Baste insistir en que si se admitiera la aplicación subsidiaria del delito de estafa se introduciría una diferencia de régimen entre las modalidades del apartado primero y segundo del art. 308 CP, castigadas sin embargo, recordémoslo, con la misma pena. Porque mientras que en aquellos casos en que la dinámica comisiva sea la del apartado primero los fraudes inferiores a 120.000 euros serían castigados con la pena de la estafa, cuando se trate de la malversación de fondos su sanción remitiría al orden administrativo¹⁹². Sobre lo incoherente de la solución a la vista de la identidad de penas con que el art. 308 CP castiga ambas modalidades típicas cuando superan aquella cuantía no parece preciso insistir.

Conviene por lo demás observar que tal línea de solución habría de considerarse válida pese a las críticas de las que ha sido objeto. Entre ellas la principal es la que apunta a la eventual paradoja que supondría afirmar que «la conducta de fraude de subvenciones que teóricamente sería también típica con arreglo al delito de estafa cuando el límite de la subvención supera los 120.000 euros deja de

serlo --sin que se sepa por qué-- cuando el fraude es inferior al citado límite» ¹⁹³. A mi modo de ver, la apreciación de un concurso de leyes entre la estafa y el fraude de subvenciones cuando se dan los requisitos de éste --entre ellos el montante del fraude-- no sólo no supone incoherencia alguna con la solución propuesta para este otro grupo de casos, sino que puede verse como su consecuencia lógica. Y es que si la expresa previsión de los fraude al Erario Público en el art. 308 CP cierra el paso a la aplicación del tipo penal de estafa cuando su montante supera los 120.000 euros, lógico es también entender que esa misma previsión impedirá apreciar este delito por debajo de aquella cuantía. Así lo expresó con contundencia la ya referida STS de 28 de enero de 2003: «si el fraude de subvenciones fuera ley especial respecto a la estafa por encima de los diez millones de pesetas, la regla de la especialidad obligaría a entender que también la desplazaría cuando no alcanzase dicha cantidad, pues lo contrario sería absurdo y produciría consecuencias inaceptables».

Entiendo, por otra parte, que tampoco resulta insalvable la dificultad relativa a la existencia en nuestro Código penal de un tipo específico relativo a los fraudes a las prestaciones al sistema de la Seguridad Social, el art. 307 ter, que no contempla límite cuantitativo alguno para su castigo en el orden penal. Recordemos que este precepto, introducido por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, prevé distintas consecuencias jurídicas dependiendo de la cuantía defraudada. En concreto, mientras la pena más elevada corresponde a los casos en que supera los 150.000 euros, dispone la aplicación de una pena inferior para aquellos otros en que los hechos, a la vista del «importe defraudado así como de los medios empleados y las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad». En tal caso, el legislador renuncia a imponer una pena de prisión, castigando los hechos con la pena de multa del tanto al séxtuplo. La existencia de tal precepto se ha esgrimido como argumento con el que denunciar la paradoja que supondría, según esta postura, castigar los fraudes que en principio tienen menor gravedad con independencia de su cuantía y, sin embargo, introducir restricciones cuando del fraude de subvenciones se trata ¹⁹⁴. Entiendo, sin embargo, que la presencia de tal previsión se presta también a manejarse como argumento en sentido diametralmente contrario; en concreto, como confirmación de que cuando el legislador ha querido castigar los fraudes a la Hacienda con independencia de su cuantía ha procedido a su tipificación expresa, garantizando en cualquier caso una pena específica para los fraudes de menor envergadura que nada tiene que ver con la prevista para el delito de estafa.

No faltarían, por último, argumentos de política criminal que vendrían a respaldar esta opción. No se olvide que a diferencia de lo que sucede cuando se trata de la aplicación del tipo común de estafa, los fraudes a la Hacienda Pública no sancionados en el orden penal encuentran su ámbito de protección en el Derecho administrativo. La opción de relegar a él determinadas infracciones no sólo no contradice principio penal alguno, sino que precisamente encuentra su respaldo en uno tan esencial como es el de intervención mínima. Al igual que sucede con tantos otros tipos delictivos en los que la infracción penal es fronteriza con la administrativa, resulta no sólo perfectamente lícito sino digno de aplaudir que el legislador penal seleccione sólo los comportamientos más graves para elevarlos a la categoría de delito, confiando el resto al poder sancionatorio de la Administración; en concreto, a las previsiones de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, una ley que contempla diversas sanciones administrativas para los defraudadores de ayudas públicas. Y desde luego, cuando como en el caso que nos ocupa el injusto permite una cuantificación, nada hay que objetar al hecho de que el legislador penal condicione su intervención a la superación de una cuantía mínima de lo defraudado.

En contra de la postura que recobra para los casos en comentario el tipo común de estafa habría de argumentarse todavía la paradoja que comportaría desde el punto de vista del régimen de consecuencias aplicables. Bastaría trasladar a este punto las observaciones que ya tuvimos ocasión de realizar en relación con los casos en que el fraude alcanza la cuantía requerida por el tipo, objeciones referidas a la imposibilidad de aplicar entonces la excusa absolutoria contenida en apartado 5 del art. 308 CP así como el régimen de atenuación de la pena, contemplada en el apartado 7 del mismo precepto desde la reforma de 2012. Resultaría, en definitiva, la curiosa consecuencia de que el autor de un fraude de subvenciones por importe de más de 120.000 euros podría acogerse a dichos beneficios mientras que el responsable de una estafa de subvenciones por valor inferior vería cercenada tal posibilidad, por resultar de aplicación en estos casos el tipo común de estafa. Precisamente a la vista de las distorsiones que pudiera producir el difícil juego relacional de la estafa y el fraude de subvenciones sería de aplaudir que nuestro legislador, *de lege ferenda*, incorporase alguna cláusula que inyectara de seguridad jurídica a una cuestión de tan larga ya tradición polémica.

Marcelo A. Riquert

Catedrático de Derecho Penal, UNMDP

Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología, UNMDP

«Allí donde impera la *lex mercatoria*,
el derecho penal no puede sino limitarse
a la criminalización de los comportamientos
más gravemente disfuncionales al modelo
económico» (Juan M. Terradillos Basoco)

I. INTRODUCCIÓN

Tiempo atrás, el querido Profesor Juan M. Terradillos Basoco resaltaba la necesidad de que el derecho penal, dentro de un marco de garantías, se ocupara de algo más que los delitos patrimoniales tradicionales y no dejara al margen la llamada delincuencia socio-económica. Lo hacía recordando que mientras la delincuencia tradicional supone el 94% de los delitos conocidos, el 6% restante representa el 65% del daño general causado por las conductas delictivas ¹⁹⁶. Y los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, aun cuando ubicados extramuros del Título XIII del CPE, son al decir del nombrado «manifestaciones de delincuencia socioeconómica... tanto por sus características criminológicas y su morfología como por las técnicas seguidas por el legislador al construir los concretos preceptos» ¹⁹⁷. Por eso, me pareció pertinente ocupar estas líneas con un tema en el que se pone en juego los límites de intervención y distintas posibilidades de solución que se ofrecen ante algunos de los delitos que conforman aquel grupo.

El régimen penal tributario y previsional argentino vigente (Ley 24769/97 y modifs.), así como el anterior (Ley 23771/90 y modifs.), lejos han estado de la ajenidad en materia de alternativas a la pena privativa de libertad, más allá de poder advertirse una cierta restricción --al menos, en el texto de la ley penal especial-- desde comienzos de la década del noventa hasta la actualidad. Lo cierto es que se trata de una parcela del campo penal donde la nota del «simbolismo» destaca al punto que, acercándonos a las tres décadas desde que entrara en vigencia la última ley nombrada, pese a una intensa promoción de acciones penales que llevó incluso a crear en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires un fuero hiper especializado ocupado tan sólo de la aplicación de este régimen (por Ley 25292/00), hoy mismo ya con competencia ampliada a la penal-económica general (por Ley 27097/14), la cantidad de condenas a las que se arribara no ha sido muy alta. En más de una ocasión hemos señalado que la política criminal en este particular área ha ido alternativamente oscilando entre «impulsos de represión» e «impulsos de recaudación», siguiendo los vaivenes de la necesidad circunstancial de «caja» del Ministerio de Economía ¹⁹⁸. En otras palabras, la lucha contra el fraude fiscal se revela singularmente pragmática y funcional a lo que el plan económico del gobierno de turno necesite, por lo que la persecución penal de estos ilícitos bien podría entenderse que está sujeta a razones político-económicas y no político-criminales ¹⁹⁹. Resulta innecesario a los fines de este breve trabajo historiar estas alternativas ²⁰⁰ y, yendo exclusivamente a lo que aquí sí interesa, una reciente reforma del Código Penal concretada por vía de la ley 27147/15 ²⁰¹, entre otras normas, modificó su art. 59 que pasó a disponer en el nuevo inciso 6° que la acción penal se extinguirá «por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes». Esta norma que, como se advierte por su inserción, es de carácter general, ha dado lugar a una importante discusión sobre su posible impacto en el campo especial en consideración ²⁰².

Para el lector no familiarizado con el sistema argentino corresponde aclarar que la referencia a las leyes procesales deriva de que, conforme nuestra organización política, cada uno de los estados federados ha optado por reservar para sí la regulación procedimental y sólo delegar al Congreso Nacional el código fondal. Así, tenemos un Código Penal único y tantos códigos procesales como provincias, además del federal que se aplica exclusivamente en tal ámbito. En este marco, una cuestión arduamente debatida desde siempre ha sido si las reglas vinculadas al ejercicio de la acción penal son competencia federal o provincial. La ley de reforma citada incluyó una serie de previsiones que, por sintetizarlo, llevaron a convalidar la tesis conforme a la que las cuestiones vinculadas a la oportunidad en el ejercicio de la acción penal se deben regular localmente ²⁰³. Engrosa la madeja que,

a su vez, la Ley 26735/11 ²⁰⁴ había modificado el régimen penal tributario y previsional (Ley 24769/97) incluyendo expresamente dentro del bien jurídico protegido tanto a los tributos como los recursos de la seguridad social provinciales (excluidos en la redacción original de esta última ley aunque estaban incluidos en su antecedente directo, que era la mencionada Ley 23771/90) ²⁰⁵. Se trató de otra decisión político-criminal que abrió polémica entre los especialistas en la materia, tema que tampoco se profundizará aquí ²⁰⁶ pero que es necesario mencionar porque provoca que, en su conjugación con la fuente eventual del principio de oportunidad procesal, pudieran surgir asimetrías: en otras palabras, que la conciliación y/o reparación permitan en una jurisdicción evitar la aplicación de la pena en un caso que, para otra, no.

II. REPERCUSIONES CONCRETAS: JURISPRUDENCIALES Y NORMATIVAS

Como fácilmente puede derivarse de lo antes explicado, se trata de cuestiones que rápidamente pasan del abstracto ámbito de discusión teórica al que se genera porque, ya sea que los jueces deban expedirse interpretando normas carentes de claridad, ya sea porque el legislador a impulso de las necesidades del ejecutivo quiere borrar con el codo lo que escribió con la mano y consagra un nuevo sistema de excepción paralelo a la ley penal especial, lo que rápidamente nos encontramos es con casos concretos que ofrecen soluciones discrepantes y nuevas normas que alientan otras salidas alternativas a la acción (procesal) penal. Ejemplos del estado de situación descripto: a) pocos meses después de la reforma del CP, a comienzos de 2016 la Sala IV de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de La Plata puso en conexión ambas reformas y respondió en forma positiva el interrogante acerca de la aplicación de la reparación integral del perjuicio del inc. 6 del art. 59 en materia penal tributaria, revocando para ello el decisorio en contrario del juzgado de origen ²⁰⁷. La Fiscalía General no recurrió, por lo que la decisión adquirió firmeza; b) un año después, en julio de 2017, un fallo de la justicia federal de San Isidro postula con argumentación parcialmente distinta a la antes considerada que esta modalidad de reparación no procede en el caso de los delitos fiscales ²⁰⁸. Sin embargo, el sobreseimiento por extinción de la acción penal llegó igual aunque por otra vía: la de la Ley 27.260/16, que (otra vez más) estableció un régimen de regularización excepcional de obligaciones tributarias, de los recursos de la seguridad social y aduaneras, con condonación de multas y sanciones no firmes y de exención de intereses resarcitorios y/o punitivos correspondientes a las obligaciones regularizables canceladas con anterioridad a la entrada en vigencia de ese cuerpo de normas. En efecto, su art. 52 dispone quiénes resultan ser los beneficiarios del régimen en cuestión y los requisitos para la procedencia de la condonación, mientras que el segundo párrafo del art. 54 establece expresamente que «(l)a cancelación total de la deuda en las condiciones previstas en el presente régimen --de contado o mediante plan de facilidades de pago-- producirá la extinción de la acción penal, en la medida que no exista sentencia firme a la fecha de la cancelación...» ²⁰⁹. Terminando el juego de «dominó», si el caso mencionado antes en «a)» hubiera seguido adelante, en diciembre de 2016 se hubiera encontrado con la misma solución que el referido en «b)», porque en la provincia de Buenos Aires se sancionó la Ley 14890 que, similar a la citada nacional N° 27260, con carácter excepcional y hasta el 31 de marzo de 2017 inclusive (con posible y concretada extensión hasta el 30 de junio de 2017), estableció un régimen para la regularización de las obligaciones adeudadas por los agentes de recaudación de los Impuestos sobre los Ingresos Brutos y de Sellos o sus responsables solidarios, provenientes de retenciones y/o percepciones no efectuadas, efectuadas y no ingresadas, o no ingresadas o efectuadas e ingresadas fuera de término, incluyendo sus intereses, recargos y multas (cf. su art. 1°). En su artículo 9° indica la dispensa para los funcionarios administrativos y de la Fiscalía del Estado de la obligación de iniciar acciones administrativas o judiciales para aplicar o hacer efectivas sanciones vinculadas y de formular denuncias en los términos de la Ley 24769. Es decir que la supuesta dureza del régimen penal tributario vigente a la luz de la Ley 26735/11 que había derogado la posibilidad de extinguir la acción penal por el pago de la pretensión fiscal o previsional en caso de evasión simple consagrado en el anterior texto del art. 16 (y que era posible respecto de todos los tipos de dicho régimen en la versión del art. 14 de la Ley 23771), se ha visto jaqueada tanto del modo habitual en términos de «impulso de recaudación» (leyes de blanqueo o moratorias fiscales o previsionales) como por una vía novedosa, que sería el criterio de oportunidad para el ejercicio de la acción penal por reparación incorporado al art. 59 del CP. Veamos ahora esto con mayor detalle.

III. LOS PROBLEMAS PARTICULARES DEL INC. 6° DEL ART. 59 DEL CP

Señalé en su oportunidad que la nueva previsión ofrece algunas imprecisiones que le son propias (internas) y abre además el campo a otras en la amplitud de su derivación que serían «externas». Por empezar, si la letra «o» está operando como disyuntiva y, por lo tanto, se trata de dos supuestos contemplados en la misma norma (la «conciliación» y la «reparación integral del perjuicio»), o como equivalente denominativa, en cuyo caso es un solo supuesto (la conciliación implica la reparación integral del perjuicio y viceversa). Luego, si son dos, *¿la «conciliación» sería para aquellos delitos de contenido no patrimonial y la «reparación integral» para el de los que sí lo tienen? ¿o es indiferente?* Y si es un solo instituto, *¿en qué consistirá la reparación integral a conciliar o conciliada? ¿cualquier delito puede conciliarse/repararse?* Buscando respuestas indiqué que pareciera que estas precisiones debieran aportarse desde la regulación procesal «correspondiente» y ello no hace más que llevarnos de cara al problema «externo» de cuál es la concreta norma a la que se remite.

El dictamen de las Comisiones de Justicia y de Legislación Penal e Informe de la mayoría (a cargo de la diputada Giannettasio) en la llamada Cámara baja durante el trámite parlamentario ningún elemento provee para dilucidar tales interrogantes ya que se limitaron a aconsejar la sanción del proyecto de ley ²¹⁰. El de la minoría (por intermedio del diputado Garrido), más allá de expresar que, al igual que sucedió con el nuevo CPPN, se vuelve a incurrir en el error del despacho en tiempo apremiante, una *«verdadera carrera desahogada hacia la aprobación de diversas leyes»*, lo que resulta incompatible con la complejidad e importancia de la materia, se explaya sobre otras cuestiones y sobre el art. 59 en concreto nada dice. En forma oblicua, en cuanto se refirió a la modificación de la suspensión del juicio a prueba, podría rescatarse la objeción de la remisión a la legislación procesal local bajo la inteligencia que con ello se afecta el principio de igualdad ante la ley y de allí que se reclamara la fijación de un piso mínimo de regulación por el Código Penal y que por sobre ello las provincias podrían avanzar en lo que consideraran más conveniente ²¹¹.

Por su lado, si se miran los «Fundamentos» del proyecto originario en la cámara alta ²¹², con relación al art. 59 sólo se indica que se promovió la incorporación de tres nuevos supuestos de extinción de la acción penal *«derivados de la aplicación de un criterio de oportunidad, la conciliación o reparación integral del perjuicio o el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo que a su respecto establezcan las leyes procesales correspondientes y, en su caso, el propio Código de fondo»*. Y eso es todo.

Sin repetir lo expuesto en el trabajo específico individualizado es importante recordar lo que serían las conclusiones a las que allí se llegó ²¹³:

a) El artículo 59 no dice que la acción penal puede ser extinguida respecto de cualquier delito por la conciliación o reparación integral del perjuicio, sino otra cosa bien distinta que es admitir que podrá ser extinguida por esta razón en los casos que indique la ley procesal correspondiente;

b) La reforma no resuelve la discusión acerca de si el principio de oportunidad forma parte de lo fondal o lo adjetivo pero, en los hechos, el reconocerlo desde el propio Código Penal legitima sus implementaciones locales. En concreto, privilegia una concepción del delito como conflicto y, dentro de éste, posiciona de un mejor modo a la víctima al reconocer a la reparación o conciliación como vía para su solución;

c) Siguiendo el criterio adoptado por la CSJN *in re* «Verbisky» ²¹⁴, en la búsqueda de garantizar con un estándar mínimo el principio de igualdad, debiera entenderse que la legislación procesal federal marca un «piso» a las concreciones del principio de oportunidad, mientras que las provinciales no podrían ir por debajo u horadarlo aunque podrían darle una recepción más generosa en función de las particularidades y necesidades de política criminal locales;

d) Dentro de ese esquema el «piso» vendría dado por la extensión que importe la desincriminación general directa de lo que prevé como delito la ley de fondo o la mutación del régimen de acciones conforme establece el Código Penal. Sin dudas, el pasaje del viejo CPPN (Ley 23984) al nuevo régimen ritual aún no implementado (Ley 27063) planteará numerosas modificaciones en la determinación del mencionado baremo mínimo. Es más, hay autores como Aboso que entienden que la entrada en vigencia del inciso 6° está supeditada a la Ley 27063 ²¹⁵.

En la provincia de Buenos Aires, los arts. 56 bis, 86, 388 y 389 del CPPBA y la Ley 13433, que fija el régimen de resolución alternativa de conflictos penales, son las normas a las que remite el art. 59 inc. 6 del CP aunque, al presente, su impacto no ha sido relevante. Este conjunto representa el «techo» (ampliable) vigente en el sistema bonaerense.

e) Desentrañar en qué consiste la reparación o conciliación es un ejercicio que, dentro del propio Código Penal, se choca o con la prescindencia de toda referencia (así, la conciliación) o cuando la hay es con relación a la actuación del interés civil en el proceso penal (reparación). Más fértil, con Roxin como principal exponente, entender a la reparación como una tercera vía junto a la pena y las medidas de seguridad ²¹⁶, cobra sentido y armoniza político-criminalmente atendiendo al principio de subsidiariedad o mínima intervención, permitiendo abrazar bajo un mismo techo desde una solución de naturaleza patrimonial hasta una simbólica, terapéutica o educativa.

f) La norma en comentario brinda una importante llave para abrir el sistema penal hacia formas alternativas de resolución de conflictos, aporta una base desde la que las distintas jurisdicciones pueden tratar de conseguir del mejor modo ajustar lo general a lo particular y privilegiar lo local en perspectiva político criminal. El éxito con que se implemente ya no se encuentra condicionado por el factor normativo sino por el cultural de los operadores jurídicos, muchas veces formados en un modo de ejercicio del poder punitivo signado exclusivamente por el horizonte de la pena de prisión.

IV. LA «REPARACIÓN» EN EL RÉGIMEN PENAL TRIBUTARIO Y PREVISIONAL

Una rápida mirada sobre los antecedentes y el propio régimen penal tributario vigente previo a su última reforma revela que tuvo normas claramente enmarcadas en la idea de la reparación del daño como modo de evitar la reacción penal ²¹⁷. En efecto, la Ley 23771/90, en su artículo 14 previó que el pago de la pretensión fiscal se constituía en una ocasión (la primera vez) en un medio de extinción de la acción penal. Esta regla, en la que Maier identificó la carta de radicación en nuestro derecho de la que Roxin entiende la tercera modalidad del género «sanción», la reparación (las otras son las penas y las medidas de seguridad), y que Vicente Oscar Díaz llamaba la «fuga del proceso» (penal), no tenía otra limitación que la de poder ser usada sólo una vez, alcanzando a todos los delitos que se tipificaban en dicho régimen especial. Sustituida por la Ley 24769/97, similar previsión se incorporó en el art. 16 pero acotado su ejercicio a una sola vez ya sea que se tratara de «obligado» persona física o de existencia ideal y a los tipos previstos en los arts. 1º y 7º (evasión tributaria simple y evasión previsional simple, respectivamente). Modificado por vía de la Ley 26735/11, desapareció la posibilidad de que por vía de la reparación de la hacienda pública o del sistema de recursos de la seguridad social se eludiera la punición. El nuevo texto del citado art. 16, que es el vigente, introdujo en cambio otro instituto que es la «regularización espontánea» de las obligaciones evadidas, que provocará la exención de responsabilidad penal a condición de no haberse producido a raíz de una inspección iniciada, observación de parte de la repartición fiscalizadora o denuncia presentada que se vincule directa o indirectamente con el obligado. En otras palabras, que si la reparación no es «espontánea» sino que se ensaya luego de la actividad fiscalizadora, pierde toda incidencia con relación al ejercicio de la acción penal.

Como se ve, esto es bastante similar a la regularización tributaria regente en España con el art. 305.4 del CPE. Como apuntan María Acale Sánchez y Gloria González Agudelo, consiste en la exención de responsabilidad penal para quienes habiendo defraudado a la hacienda pública, voluntariamente, procedan a regularizarlo, manifestando ante la Administración su verdadera situación tributaria y procediendo al pago de la deuda. Recuerdan que, conforme STS de 15 de julio de 2002, regularizar es convertir en regular, poner en orden, y tratándose de una deuda significa pagar, cumplir, e implica un comportamiento espontáneo, activo, positivo, por parte del deudor, que asume no sólo su incumplimiento previo, sino los recargos que normalmente gravan una situación como la provocada por su actitud previa ²¹⁸.

Otra decisión político-criminal que en su momento generó arduas discusiones fue la de privilegiar el sistema de solución alternativa propio explicado (y hoy derogado) disponiendo la exclusión de otro en el que la reparación también es considerada ²¹⁹. Así, la Ley 24316/94 al introducir la suspensión del juicio a prueba en el código penal expresamente mencionó a la Ley 23771 como un régimen en el que no procedería su aplicación. El «veto» quedó en el aire cuando se sanciona la mencionada Ley 24769, situación que se mantuvo hasta la reforma de esta última por la Ley 26735 que también modificó el art. 76 bis del CP, cuyo último párrafo actual dice que no procederá la suspensión respecto de los delitos reprimidos en el régimen penal tributario y previsional. En síntesis, no se abandonó del todo una suerte de privilegio del ánimo recaudatorio por sobre la respuesta penal ya que, en definitiva, existe una excusa absolutoria por reparación que se condiciona a su concreción antes de que el sistema de contralor fiscal o el penal tomen conocimiento del delito. Pero, no verificándose la «espontaneidad» (que no es un desistimiento voluntario porque no es la vuelta atrás de una tentativa, sino de un ilícito consumado), el ejercicio de la acción penal no se excepcionará.

V. LAS PRIMERAS RESPUESTAS JUDICIALES Y SU CRÍTICA

Veamos ahora cuáles han sido las soluciones judiciales de los casos mencionados en el punto 2, comenzando por sintetizar el provincial y, luego, el de orden federal. Para finalizar, se expondrá nuestra discrepancia con ambos precedentes.

1. El caso bonaerense

La IPP se inició por presunta infracción al art. 6 de la Ley 24769 (omisión de depósito de tributos retenidos), respecto de «*Agrupación de Colaboración San Antonio*», siendo N. L. su administradora.

Luego, la investigada cancela la pretensión fiscal de ARBA ²²⁰, con más sus accesorias, por lo que la defensa de N. L. peticiona su sobreseimiento conforme lo normado en el art. 59 inc. 6° del CP y 328 y ss. del CPPBA. Corrida vista al MPF de la instancia, se opone con base en los arts. 16 de la Ley 24769 (no se estaba frente a un caso de presentación «espontánea» porque mediaron intimaciones en sede administrativa --en 2012-- y judicial contencioso-administrativa --dos juicios de apremio en 2013, en los que se dispuso inhibición general de bienes-- y penal, antes del pago en 2014) y el último párrafo del art. 76bis del CP (que excluye a la LPTyP de una salida alternativa como la suspensión del juicio a prueba), ambos conforme Ley 26735. Agregó que de los debates parlamentarios y fundamentos de la Ley 27147 nada desprende que permitiera inferir que el legislador realizó un cambio radical de temperamento en cuanto a los delitos fiscales. El Juez de Garantías rechazó el pedido de sobreseimiento por compartir íntegramente los argumentos de la Agente Fiscal y agregó que N. L. no era el sujeto obligado del que habla el art. 16 de LPTyP (cuyo requisito temporal estaba incumplido), sino sólo la administradora de la persona de existencia ideal que sí lo es. Asimismo, resaltó que el art. 59 inc. 6° del CP remite a la norma procesal local y que nuestro art. 86 del código ritual --al igual que el citado art. 16 de la ley especial-- tiene en cuenta el arrepentimiento a los fines de que se ejerza o no la acción penal. Finalmente, afirmó que de admitirse la postura de la defensa se llevaría hasta un límite prácticamente abolicionista el régimen de las acciones penales públicas del art. 72 del CP, privatizándolas. La Cámara revoca bajo el siguiente hilo argumental: el inc. 6 del art. 59 del CP no incluye referencia alguna que permita excluir delitos, ergo, se aplica a todos; que no se mencionaran los tributarios en la discusión parlamentaria no cambia la letra de la ley que, en su claridad, descarta la interpretación conforme «voluntad del legislador»; tampoco la exclusión de un instituto distinto y menos benigno como el del art. 76 bis del CP permite sustentar la de otro que, además, es posterior y, por lo tanto, debe entenderse derogó al art. 16 de la Ley 24769 (cf. Ley 26735). Se afirma la consistencia de esto con la clara corriente que lleva a excluir la pena cuando media reparación del daño. Por último, con relación al art. 86 del CPPBA discrepan no se hubiera demostrado arrepentimiento, ya que la imputada pagó íntegramente lo reclamado y explicó que no lo hizo en forma temporánea por hallarse la sociedad en una situación crítica ²²¹, a lo que adiciona que la Fiscalía de Estado no se opuso a la petición extintiva de la defensa. En definitiva, la resolución revisora incluye a los tipos del régimen penal tributario porque entiende que, en realidad, no hay ningún delito excluido de la regla del art. 59 inc. 6 del CP y que, como se pagó lo reclamado por ARBA sin que medie oposición a la extinción de la acción penal por parte de la Fiscalía de Estado, el arrepentimiento activo del autor de que habla el art. 86 del CPPBA se ha verificado.

Antes de pasar al otro caso, vale la pena insistir aquí en que si no hubiera sido el expuesto el criterio de la Cámara y hubiera coincidido con el del Juez de Garantías, poco después el destino de la carpeta habría sido el mismo, sólo que la obturación anticipada de la acción penal tendría por fuente la Ley 14890/16 provincial.

2. El caso federal²²²

Similar consideración puede plantearse de inicio con relación a este proceso que, en definitiva, también terminó con la declaración de extinción de la acción penal por pago y que se contó para ello con consentimiento fiscal, pero bajo imperio del art. 54, 2° párrafo de la Ley 27260 y el art. 18 de la RG 3920/16 de la AFIP, vale decir el régimen de regularización excepcional de obligaciones tributarias, de los recursos de la seguridad social y aduaneros, con condonación de multas y sanciones no firmes y de exención de intereses resarcitorios y/o punitivos correspondientes a las obligaciones regularizables canceladas con anterioridad a la entrada en vigencia de ese cuerpo de normas. Se trató entonces de la recepción favorable del que era el planteo subsidiario que se entendió procedente atendiendo a los principios de igualdad y de retroactividad de la ley penal más benigna.

Ahora bien, sin perjuicio de ello, con relación a la aplicación del art. 59 inc. 6° del CP --que era el planteo inicial o principal-- el Fiscal directamente no se expidió en su dictamen y el Magistrado interviniente la rechazó. Para hacerlo, básicamente, se limitó a invocar dos motivos:

a) Su inviabilidad deriva de que aún no ha sido contemplada la conciliación o reparación por el ordenamiento de forma actualmente vigente;

b) Aún superado dicho obstáculo, afirmó compartir el criterio que sostiene que la previsión no resulta aplicable en materia tributaria ya que el perjuicio derivado de la comisión de un delito fiscal no se ciñe únicamente a la cantidad defraudada en el caso concreto, sino que el interés del organismo recaudador no se agota en el reclamo económico de la deuda tributaria, sino que es comprensivo del mantenimiento del normal flujo de los ingresos y de los egresos de la hacienda pública, circunstancia que excede el plano individual al estar afectada la propia constitución del Estado en virtud del compromiso de sus ingresos y de su capacidad financiera. Con cita a tal concepción dinámica del bien jurídico adoptada por la CSJN, concluye que la cancelación total de los períodos investigados no se traduce en modo alguno en la reparación integral del perjuicio en los términos del art. 59 inc. 6° mencionado ²²³.

3. Crítica del precedente provincial

Sintetizando lo oportunamente expuesto podría decirse que medió por la Cámara bonaerense un exceso de simplificación en el abordaje de una cuestión que es ciertamente compleja. Así, la afirmación de que del literal de la norma involucrada (art. 59 inc. 6 del CP) no surge que se haya excluido a ningún delito (tampoco, entonces, a los tributarios y previsionales) omite incluir en el producto la parte final de la regla, que es la que le da sentido real al derivar a las leyes procesales correspondientes. Esto, ya se vio, es el primer argumento de rechazo del caso federal, donde se privilegia la lectura de la derivación al digesto adjetivo como lugar donde plasmará en concreto la decisión político criminal del legislador acerca de qué casos está dispuesto a habilitar se solucionen por esta regla de oportunidad.

Por eso, en el comentario inicial sostuve: *«Desde esta perspectiva, el mentado artículo 59 no dice que la acción penal puede ser extinguida respecto de cualquier delito por la conciliación o reparación integral del perjuicio, sino otra cosa bien distinta que es admitir que podrá ser extinguida por esta razón en los casos que indique la ley procesal correspondiente. Entonces, de lo que se trata es de verificar si el supuesto de hecho por el que se pretende la extinción por conciliación/reparación es de aquellos que prevé la ley ritual local. En el caso: el asunto no es que el art. 6° del régimen penal tributario no se encuentre ex-ante excluido, sino que hay que ver si es uno de los casos que la ley procesal bonaerense ha incluido como de posible extinción de la acción por ese motivo»* ²²⁴. Y revisadas las normas en juego de la legislación local (ver «supra» 3.d) es claro

que el delito mencionado no puede subsumirse bajo ninguna de ellas ²²⁵ y esto sella la suerte adversa de la pretensión de extinción de la acción por este motivo.

Otro de los caminos abiertos para facilitar la respuesta positiva fue considerar que la modificación de la ley general posterior (CP, art. 59) derogó la ley especial (Ley 24769 y modifs., art. 16). El problema de este modo de solucionar lo que se vislumbra como una antinomia normativa es que se aparta del criterio tradicional que recepta el código. Es que no se trata de la regencia de un criterio jerárquico (*lex superior derogat inferiori*), ni sólo cronológico (*lex posterior derogat priori*), sino de especialidad (*lex specialis derogat generali*). El art. 4 del CP, que constituye una norma «ordenadora» o «integradora» ²²⁶, dice que sus disposiciones generales se aplicarán a los delitos previstos en las leyes especiales en cuanto éstas no dispusieran lo contrario, por lo que al conectar el criterio cronológico con el de especialidad se seguiría el viejo brocardo latino «*lex posterior generalis non derogat priori speciali*». Parece querer sortearse aludiendo que la reparación del daño no estaba prevista en el ordenamiento general cuando ya se la consideraba en el especial (¿*ley penal más benigna*?) pero, en primer lugar, ya se explicó que la reforma por ley 27147 adopta como criterio de oportunidad a la conciliación/reparación en los términos que fije la ley procesal local (o sea no es una regla realmente «general») y, en segundo, la CSJN justamente en un caso vinculado a impuestos señaló como pauta que «*la norma primera de interpretación es la de atenderse a sus propias disposiciones en todo cuanto se halla fundamentalmente contemplado en ella*», es decir, privilegiar la orgánica armonía de las disposiciones de la ley especial ²²⁷ (en nuestro caso, la Ley 24769) ²²⁸.

4. Crítica del precedente nacional

Conforme se explicó coincido en que no estando receptado en la legislación procesal el criterio de oportunidad no puede aplicarse en forma directa la regla de reparación/conciliación que como tal reconoce el art. 59 inc. 6° del CP. Coinciden tanto Carlos J. Lascano (h) cuando sostiene que *«no se puede admitir la extinción de la acción penal sin que en la ley procesal correspondiente se reglamente de modo pormenorizado en qué clase de delitos y bajo qué requisitos previos la reparación integral podría operar con tal amplitud de efectos»*²²⁹; como Jorge E. Buompadre que afirma *«...a estar a lo establecido por la nueva ley nacional, se debe entender que estos criterios de oportunidad deben estar establecidos en los códigos procesales penales (deben ser sancionados por las legislaturas locales), para que ellos puedan ser aplicados en las provincias...»*²³⁰. En mi consideración, bastaba este argumento del juez federal para rechazar la excepción de falta de acción en su pretensión principal.

Con relación a este punto vale agregar que si nos atenemos al CPPN aún vigente, es decir, la ley 23984, se prevé a la conciliación como una modalidad de cierre del procedimiento especial de acción privada a concretar en el marco de una audiencia (art. 424 y 425). Y eso es todo. Por eso, en línea con lo anticipado «supra», punto 3, señalé que si este es el «piso» que no podría horadarse por la legislación provincial es evidente que no habrá ningún problema en dicha sede, porque todos los códigos regulan de forma similar este cierre eventual de la acción privada. Distinta podrá ser la situación si finalmente se avanza en la implementación del nuevo CPPN (Ley 27063) y la consiguiente adaptación del MPF conforme ley 27148. Por lo pronto, como destaca Erbetta, aquel importa la asunción de una nueva matriz formal conforme el paradigma adversarial y acusatorio, poniéndose en línea con las más modernas regulaciones provinciales²³¹ y, justamente porque regula criterios de oportunidad que no prevé el anterior, llevaría a replantear la vieja discusión vinculada al ámbito temporal de aplicación de la ley y el principio de benignidad²³². Dejo aquí simplemente esbozado el problema que excede el objeto de este trabajo.

Sentado ello, vuelvo al fallo donde, no obstante la suficiencia de aquél argumento, según se sintetizó en el punto 5.2.b., se puso en juego otra razón relacionada con el bien jurídico protegido. Aclaro que comparto desde siempre la concepción de éste en un sentido dinámico, sosteniendo con Delgado García²³³ que la hacienda pública *«no ha de ser entendida como conjunto estático de bienes pertenecientes a las distintas entidades públicas, sino como una actividad dinámica dirigida a la obtención de lo necesario para atender a las necesidades generales. Esto requiere que todos cumplamos con el deber de contribución de acuerdo a nuestra particular capacidad económica. En consecuencia, estos ilícitos adquieren condición o categoría de delitos socio-económicos, alejándose de los simples delitos patrimoniales que se cometen contra los particulares»*²³⁴. Sin embargo, no encuentro el pretendido correlato entre tal visión no estática de la Hacienda Pública y la imposibilidad de la reparación integral del perjuicio que, como su derivación, se predica en el fallo. Es claro que cualquier restricción del ámbito de disponibilidad del bien jurídico importa una lesión y que nunca su posterior reparación o su restauración o compensación podrán de un modo pleno resultar en su total y absoluta vuelta al punto de origen. Así se tratare de la reposición de una cosa fungible similar o la devolución del mismo objeto, la pérdida de chance de uso oportuno cuando se restringió la disponibilidad no podrá retornar. Desde esta perspectiva óptica, fenomenológicamente indiscutible, nunca será alcanzable una reparación tal. Pero es que no se trata de eso. Si lo fuera, deberíamos desechar la idea misma del instituto por irrealizable.

Cuando el legislador habilitó el «puente de plata» del art. 14 del régimen penal tributario antecedente y, más restringido, del art. 16 en su redacción previa al régimen vigente, lo hizo bajo la idea de que la hacienda pública es «reparable», que el ingreso aunque sea tardío de la pretensión fiscal era suficiente para que ello sucediese. Es más, cuando hoy prefiere dejar de lado la persecución penal ante una presentación espontánea fuera de término pero antes de que el Estado descubra el delito, la premisa básica sigue siendo esa. De tal suerte, entiendo que no hay una tal restricción derivada de las características del bien jurídico que limite al legislador nacional o local a decidir utilizar el criterio de oportunidad de la reparación respecto de su respectiva hacienda pública. Otra cosa bien distinta es que político-criminalmente me parezca que no sería conveniente incluir a los delitos tributarios y previsionales dentro de tal instituto.

VI. RECAPITULANDO

El criterio de oportunidad receptado en el nuevo inc. 6 del art. 59 del CP seguirá siendo por mucho tiempo objeto de intensa discusión. En lo que hace a su aplicabilidad con relación a los delitos

previstos en el régimen penal tributario y previsional los posibles criterios contrapuestos ya se han patentizado en resoluciones contradictorias del fuero federal y provincial bonaerense. Un par de fallos que se han utilizado como ejemplo permiten advertir cuáles serían las líneas argumentativas básicas de cada tesis.

Si el argumento basal por el que se habilitó la obturación definitiva del proceso por presunta infracción al art. 6° de la Ley 24769 pone en crisis la vigencia del art. 16 del mismo régimen, entonces el art. 59 inc. 6° del CP tiene el efecto de volvernos al momento de regencia del viejo art. 14 de la Ley 23771 y aún más, porque no se lo limitaría a una sola oportunidad. En otras palabras, no habría problemas en cometer cualquier delito tributario o previsional. Bastaría con tener la plata suficiente para satisfacer la pretensión fiscal o de la seguridad social cuando se den cuenta los órganos de contralor y persecución estatales y formen una causa: entonces se podrá pagar (reparar) y cerrarla. Extremado, este criterio importa sostener que cualquier delito podría conciliarse/repararse y provocar el mismo resultado. Realmente no hay elementos que surjan de la discusión parlamentaria ni doctrina o jurisprudencia de cierta extensión y consistencia que habilite tal conclusión.

Del otro lado queda resaltar que el art. 59 no dice que la acción penal puede ser extinguida respecto de cualquier delito por la conciliación o reparación integral del perjuicio, sino otra cosa bien distinta que es admitir que podrá ser extinguida por esta razón en los casos que indique la ley procesal correspondiente. Y ni en el ámbito nacional ni en la provincia de Buenos Aires, las normas pertinentes permiten encuadrar al art. 6 de la ley 24769 en algunos de los supuestos de oportunidad previstos. Por eso, al menos mientras se llegue a tomar una decisión político criminal en contrario que incluya algún supuesto dentro de tal principio de disposición de la acción penal, la reparación no es aplicable con relación a los tipos penales previstos en la Ley 24769.

Esta posible decisión político-criminal no se encuentra prohibida, limitada o condicionada porque el bien jurídico protegido hacienda pública sea concebido en un modo dinámico. El legislador nacional o provincial podría decidir válidamente incluir algún supuesto típico del régimen especial dentro de una solución que privilegie la reparación. Sólo cabría esperar que lo haga con prudencia y con abandono de una vez por todas de meros criterios de necesidad de caja que por su recurrencia en las últimas décadas han transformado a este segmento del ámbito punitivo en un ejemplo paradigmático del llamado «derecho penal simbólico».

Delito de defraudación tributaria y blanqueo de capitales. Reflexiones en supuestos de regularización tributaria con efectos penales

Fermín Morales Prats

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Autónoma de Barcelona

I. PLANTEAMIENTO

La cláusula de exención de responsabilidad penal contemplada en el delito de defraudación tributaria (art. 305.1 y 4 CP) no hace mención del delito de blanqueo de capitales entre los delitos a los que se proyecta el efecto de anulación o levantamiento de pena. El precepto se ciñe al propio delito de defraudación tributaria y a las falsedades instrumentales e irregularidades contables que guarden una relación directa con la deuda tributaria objeto de regularización. La cuestión alberga trascendencia por cuanto conceptualmente cabe la construcción del autoblanqueo sobre la cuota tributaria impagada en el plazo legal, que posteriormente es objeto de una regulación voluntaria con observancia de los requisitos que establece que el art. 305.4 CP ²³⁵. Las presentes reflexiones se enderezan a intentar esclarecer si, en los supuestos de aplicación de la causa de levantamiento de pena por regularización voluntaria, subsiste el delito de blanqueo de capitales, sobre todo a la vista de la redacción otorgada a la descripción típica del delito de defraudación tributaria (art. 305.1 CP) mediante la Reforma operada por LO 7/2012 ²³⁶.

En principio carece de lógica político-criminal la subsistencia de responsabilidad penal por blanqueo en los casos de regularización voluntaria conforme a los requisitos del apartado 4 del art. 305 CP ²³⁷. La admisión de tal responsabilidad vendría a contradecir y a poner en cuestión el propio telos de la excusa absolutoria. Mas, lo cierto es que el tenor de la misma (art. 305.4 CP) parece no permitir una aplicación extensiva que se sitúe más allá de ilícitos cifrados en falsedades instrumentales conectadas con el fraude tributario. El recurso a una interpretación teleológica es tentador a los efectos de otorgar a la regulación tributaria con efectos penales el sentido de un retorno pleno a la legalidad tributaria, de modo que quedara cerrada la posibilidad de subsistencia del delito de blanqueo de capitales. Precisamente ésta es la construcción interpretativa presente en el Preámbulo de la LO

7/2012 de reforma del Código Penal en la materia; pero lo cierto es que este expediente interpretativo, a mi juicio, supera el tenor del apartado 4 del art. 305 CP.

No obstante, es cierto que la expresión legal, que se reitera en el art. 305.1, 307.1 y 308 CP, y que se inserta en la definición típica («salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo») permite intuir que la intención del legislador era la de otorgar a la regularización voluntaria plena efectos que se sitúan más allá del levantamiento de pena (exclusión de la punibilidad) para ubicarse en sede de tipicidad. De este modo, en la LO 7/2012 subyacería el intento de configurar una suerte de causa de atipicidad sobrevenida, que en cuanto tal constituiría un muro exonerador suficiente de responsabilidad penal por blanqueo en tales supuestos de regularización voluntaria. Es pertinente pues ahondar en la referida reforma legislativa para elucidar si, en el plano dogmático de la teoría del delito, es pertinente la mutación de la naturaleza de las referidas cláusulas de exención de responsabilidad, advertidos de que en la cuestión quedan implicadas cuestiones clave relativas a la consumación y a la prescripción del delito de defraudación tributaria.

II. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL OPERADA POR LO 7/2012: LA NECESIDAD DE SUPERAR INCERTIDUMBRES

El Anteproyecto de la Ley de reforma del CP de 2012 postulaba una redacción para el art. 305.1 CP conforme a la cual la ausencia de regularización plena y voluntaria pasaba a constituir un elemento conformador de la conducta típica, abandonando su rol anterior como causa de levantamiento de pena (excusa absolutoria *ex post factum*). Claramente la Exposición de Motivos del referido texto prelegislativo expresaba tal finalidad para la regularización tributaria: «que pueda ser apreciada por la Administración tributaria, evitando así denuncias innecesarias por delito contra la Hacienda Pública que desincentiven regularizaciones tributarias espontáneas y saturan a los tribunales de procesos abocados al archivo».

No obstante, lo anterior ya había quedado garantizado por la precedente reforma del art. 180.2 de la Ley General Tributaria, precepto enderezado a sellar la facultad de control de tales regularizaciones voluntarias por parte de la Agencia Tributaria sin que sea necesario remitir el expediente a la jurisdicción penal al objeto de apreciar la exención de responsabilidad penal. Parece, como veremos, que los designios legislativos (no expresados abiertamente en el Anteproyecto) se encaminaban a cerrar el paso a una construcción acusatoria por blanqueo de capitales en los expresados supuestos de regularización, entre los cuales se sitúan los amparados por el Real Decreto 12/2012 de declaración tributaria especial ²³⁸.

La propuesta que figuraba en el Anteproyecto, en pro de una causa de atipicidad sobrevenida, habría suscitado consecuencias inadmisibles en plano dogmático y en el político criminal. En primer lugar, porque mientras fuera posible conceptualmente la regularización el delito no alcanzaría el grado de consumación, estadio que ya no quedaría situado en la finalización del periodo de autoliquidación voluntaria del tributo (final del plazo de pago por parte del contribuyente o bien cuando se hubiera recibido una devolución indebida). Se hubiera producido así una dilatación de la consumación del delito de defraudación tributaria hasta que la Agencia Tributaria activase el inicio de actuaciones de inspección o comprobación sobre el contribuyente o bien se hubiera interpuesto denuncia o querrela, eventos todos ellos que cercenan la regularización con efectos de exención de responsabilidad penal.

Y, como señala MANJÓN-CABEZA ²³⁹, la consecuencia de lo anterior suscitaría una inadmisibles prolongación de los plazos de prescripción del delito, cuyo inicio de cómputo comenzaría a correr de manera artificialmente retardada. Esta desproporción de los plazos de prescripción suscita una evidente inseguridad jurídica. Se habría alterado la prescripción «por la puerta de atrás».

El texto finalmente aprobado por LO 7/2012, profundiza en la cuestión. Así en el Preámbulo de la reforma se dice: «Una primera modificación ha consistido en configurar la regularización de la situación tributaria como el verdadero reverso del delito de manera que, con la regularización, resulte neutralizado no sólo el desvalor de acción, con una declaración completa y veraz, sino también el desvalor de resultado mediante el pago de la deuda tributaria y no solamente de la cuota tributaria...Esta nueva configuración de la regularización hace que esta guarde una relación de equivalencia práctica con el pago intempestivo del impuesto, tal y como ha destacado la Fiscalía General del Estado y el Tribunal Supremo, que de forma expresiva se han referido a la regularización como *el pleno retorno a la legalidad* que pone fin a la lesión provisional del bien jurídico protegido producida por la defraudación consumada con el inicial incumplimiento de las obligaciones tributarias. En coherencia con esta nueva regulación legal de la regularización tributaria como el

reverso del delito que neutraliza completamente el desvalor de la conducta, se considera que la regularización de la situación tributaria hace desaparecer el injusto derivado del inicial incumplimiento de la obligación tributaria, y así en la nueva regulación del tipo delictivo que anuda ese retorno a la legalidad la desaparición del reproche penal. Esta modificación se complementa con la del apartado 4 relativa a la regularización suprimiendo las menciones que la conceptuaban como excusa absolutoria».

Tan contundente declaración no debe determinar, no obstante, que la regularización abandone su naturaleza de excusa absolutoria (levantamiento de pena *ex post factum*). En este sentido la mención que se efectúa en el Preámbulo de la LO 7/2012 a la lesión provisional al bien jurídico es incorrecta, puesto que, una vez acaecidos la conducta de ocultación tributaria defraudatoria (desvalor de acción) y el menoscabo patrimonial por el impago de la cuota superior a 120.000 euros (desvalor de resultado), se verifica el estadio de consumación del delito y la lesividad para el bien jurídico, siempre que haya transcurrido ya el plazo de pago tributario tempestivo. En estos términos, si en un momento posterior se verifica, por parte del contribuyente, una declaración extemporánea, veraz y voluntaria, acompañada del pago completo de la deuda tributaria (cuota, intereses y recargos ex art. 58 LGT) se estará en presencia de una excusa absolutoria, en términos de «pleno retorno a la legalidad tributaria» o de «reverso del delito». Debe descartarse así un «cuerpo dogmático extraño», cifrado en una causa de atipicidad sobrevenida; asimismo, la regularización voluntaria no puede configurar una cláusula *ad hoc* de exclusión de la antijuricidad (causa de justificación); debe interpretarse pues que la regularización no queda vinculada al verbo típico «defraudar» (art. 305 CP), que rige la conducta típica, sino a la pena con que queda conminada la conducta típica, de modo que ante la ausencia de necesidad de pena se verifica la exclusión de la punibilidad. En otros términos, el art. 305.1 declara la supeditación de la pena a que el sujeto no regularice voluntariamente la deuda tributaria en los términos del apartado 4 del precepto ²⁴⁰—. En coherencia con lo anterior, deberemos estar con MANJÓN-CABEZA cuando señala que el Preámbulo legal puede constituir un auxilio hermenéutico al que no queda vinculado el intérprete, se trata de una voluntad declarativa que debe ser cuestionada cuando es contradictoria e incorrecta dogmáticamente ²⁴¹.

III. BLANQUEO DE CAPITALES Y REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA CON EFECTOS PENALES: LA NECESIDAD DE ESCLARECER UNA SUPUESTA ANTINOMIA

Como ha quedado expuesto, la causa de levantamiento de pena del apartado 4º art. 305 CP no alude al delito de blanqueo de capitales entre las infracciones penales, conectadas al fraude tributario, a las que se extiende el efecto exonerador de responsabilidad penal. La cuestión reviste importancia por cuanto cabe especular con la construcción interpretativa del autoblanqueo que tiene por objeto la cuota tributaria en su día impagada. Una parte de la doctrina ²⁴² ha postulado la necesidad de esclarecer si, en tales supuestos de regularización voluntaria, subsiste el delito de blanqueo de capitales. La cuestión reviste importancia sobre todo a la vista del amplio tenor concedido al delito de blanqueo de capitales (art. 301 CP), tras la reforma del CP de 2010.

En el plano político-criminal, la posible subsistencia de responsabilidad penal por blanqueo en tales hipótesis de regularización, carece de toda lógica político-criminal, pues tal efecto vendría a contradecir y a cuestionar la finalidad de la excusa absolutoria del art. 305.4 CP. Mas, como se indicó, el tenor legal de la excusa absolutoria parece no permitir una aplicación extensiva más allá de las falsedades instrumentales, relacionadas con el fraude tributario. Es cierto que en el plano teleológico la causa del levantamiento de pena supone un retorno pleno a la legalidad tributaria. Desde esta perspectiva se cerraría la posibilidad de subsistencia del delito de blanqueo. Este es el planteamiento expresado en el Preámbulo de la LO 7/2012, pero al precio de aceptar una causa de atipicidad sobrevenida que, como se ha expuesto, no parece conciliable con la lógica dogmática de la teoría del delito, anclada en criterios lógico sistemáticos secuenciales. Mas puntualmente, ya quedaron expuestas las consecuencias inasumibles en el plano de la consumación delictiva y de la prescripción del delito de defraudación tributaria.

Asentado lo anterior, sin embargo, subsiste la necesidad político-criminal de excluir la incriminación de los supuestos de autoblanqueo, si lo que se pretende es no invalidar la llamada normativa a la vuelta del contribuyente a la legalidad tributaria por medio de la excusa absolutoria. Es evidente que una llamada al defraudador tributario al objeto de que reconozca la deuda tributaria defraudada y efectúe su completo pago, resulta ineficaz si a la vez tal regularización supone un autoreconocimiento de responsabilidad penal por blanqueo de capitales; se trataría de supuestos en los que quedarían menoscabadas las posibilidades de defensa, que decaerían automáticamente al

haber reconocido el fraude fiscal como delito antecedente al blanqueo. Se trataría de una suerte de esquizofrenia en el mensaje normativo, de manera que parecería que el Código Penal acoge una antinomia irresoluble.

Estimo que la clave de solución del problema no puede situarse en el rendimiento aplicativo que pueda ofrecer la excusa absolutoria del apartado 4 art. 305 CP. En este sentido la satisfacción de las necesidades político-criminales expresadas parece transitar por la refutación del «matrimonio conceptual» entre el delito de blanqueo de capitales (art. 301 CP) y el delito de defraudación tributaria (art. 305.1CP). Como con acierto ha señalado MANJÓN-CABEZA ²⁴³, la solución interpretativa reclama el cuestionamiento del castigo por autoblanqueo relacionado con el fraude tributario. Y el debate hermenéutico no queda satisfecho tan solo mediante planteamientos de *lege ferenda*, enderezados al rechazo conceptual del autoblanqueo.

Como es sabido, el art. 301 del Código Penal, mediante la reforma operada por LO 5/2010 fue sometido a una ampliación mediante una doble vía de extensión de la órbita de la tipicidad: la ampliación de las conductas típicas (entre las que figura la mera posesión de los bienes) y la relativización de las exigencias del delito precedente, que ahora no necesariamente tiene que ser perpetrado por un tercero. Estas son las premisas normativas de la introducción del autoblanqueo punible, que alcanza a supuestos de mera posesión de los bienes o actuación sobre los mismos, teniendo en cuenta que se trata de bienes que son objeto de un delito previo que ha protagonizado el propio sujeto, protagonista también de la conducta posterior. La reforma de 2010 con este proceder fijó un punto de inflexión y de ruptura con la determinación conceptual precedente del blanqueo de capitales. Con razón, se ha suscitado que el nuevo tenor del art. 301 CP puede cercenar el principio *non bis in idem* en su vertiente material, dado que el mismo sujeto sería objeto de castigo por consumir el delito antecedente (defraudación tributaria) y por agotarlo (blanqueo de capitales), debiéndose tener en cuenta que en la modalidad de punición del blanqueo por mera posesión ni tan siquiera podría establecerse en sentido estricto el agotamiento delictivo.

Un sector doctrinal se ha esforzado por establecer argumentaciones que excluyan el referido matrimonio conceptual entre fraude fiscal y blanqueo. QUINTERO OLIVARES ²⁴⁴ ha remarcado que el art. 301 CP exige que el objeto material del delito venga identificado en un bien que tenga «su origen en una actividad delictiva»; en esta medida se ha dicho que la cuota tributaria no responde a esta premisa, pues no puede ser entendida como un bien cuyo origen se residencie en una actividad delictiva; de ahí que se subraye que el bien al que se refiere el blanqueo, como objeto material del delito, no debe estar situado en la esfera del dominio del sujeto antes de que se cometa el delito previo o antecedente, y en estos términos la cuota defraudada «no es dinero producto del delito fiscal» y, como conclusión, no puede constituir el objeto material de un blanqueo punible. En la misma dirección apunta MANJÓN-CABEZA ²⁴⁵ al indicar que los rendimientos de trabajo de capital no transforman su origen legal por el dato de no haber sido objeto de declaración tributaria, de modo que la cuota defraudada no puede quedar huérfana de su origen, pese a verificarse un delito fiscal; la conclusión se sitúa en la misma dirección que la ofrecida por QUINTERO OLIVARES.

Parece razonable concluir que la cuota tributaria no se origina en una actividad delictiva, siempre que sea producto de actividades lícitas en el tráfico jurídico; en estos casos el dinero o los bienes se han ubicado lícitamente en el patrimonio del sujeto, que luego no procede a su adecuada tributación. Pero, en todo caso la entrada del bien o del dinero en el patrimonio del contribuyente no establece su origen en una conducta de defraudación tributaria ni en ningún otro delito. Es preciso entender que dicho origen se sitúa en un estadio lógico anterior, que no puede ser interpretado como actividad delictiva antecedente al objeto de colmar al objeto material del blanqueo. En estos términos el cuestionamiento del autoblanqueo referido a un supuesto fraude fiscal antecedente, no queda cuestionado tan solo por suscitarse un *bis in idem* material sino por ausencia del objeto material del delito de blanqueo.

Es cierto que cabe oponer a la anterior argumentación que el art. 1 de la Ley 10/2010 de prevención de blanqueo de capitales, establece que se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública. Mas el propio tenor del precepto determina un corto alcance para la previsión normativa, por cuanto señala que la misma solo se proyectará «a los efectos de esta Ley». Así, el art. 1 antes referido, se proyecta exclusivamente al ámbito del Derecho administrativo sancionador en materia de blanqueo, de modo que esta previsión normativa no puede suponer un criterio de jerarquía sobre las necesidades de preservación del principio *non bis in idem* y sobre la hermenéutica adecuada

del art. 301 en punto a la determinación del objeto material del delito. Por lo anterior un sector de la doctrina postula una interpretación restrictiva de la cuestión, dado que el art. 301 CP no establece reenvío alguno al art. 1 de la L 10/2010. De forma coincidente en cuanto a la conclusión alcanzada, matizando la argumentación, aún admitiendo que las cuotas defraudadas puedan constituir el objeto material del blanqueo, debería cuestionarse el binomio entre defraudación tributaria y blanqueo, por cuanto el delito contemplado en el art. 305.1 abarca o aprehende todo el desvalor que supone la posesión o utilización del dinero correspondiente a la cuota defraudada por parte del defraudador; de este modo tales conductas deben constituir actos co-penados posteriores impunes, cuyo castigo transitaría por la vulneración del principio *non bis in idem*. Parecen postulables estas soluciones doctrinales por cuanto se antojan la única vía para superar una antinomia normativa y salvaguardar así la llamada de regreso pleno a la legalidad que deriva de la excusa absolutoria.

Con anterioridad a la reforma de 2010 la jurisprudencia en la materia ha sido fluctuante. Después de esa reforma, con la ampliación del tipo previsto en el art. 301 CP, el TS, en el denominado caso «*Ballena Blanca*» (STS 5 diciembre de 2012 [RJ 2013,217]) pasó admitir el binomio entre fraude fiscal y blanqueo de capitales, con base a lo dispuesto en el art. 1 de la L 10/2010 de prevención de blanqueo. En pronunciamientos posteriores (por ejemplo STS de 11 de marzo de 2014 [RJ 2014, 1902]), el TS parece rechazar la concurrencia del delito de blanqueo respecto de capitales derivados de un previo delito contra la Hacienda Pública; no obstante la argumentación se fundamenta en la ausencia de la necesaria concreción de la cuota defraudada en cada ejercicio y en la ausencia de determinación del objeto del blanqueo por no haberse determinado las operaciones ni los importes. Desde esta perspectiva la absolución por blanqueo ha provenido de carencias probatorias en punto a la identificación de las cuotas tributarias que pudieran haber sido objeto de blanqueo y a la ausencia de individualización de la operativa. En conclusión en el plano jurisprudencial la cuestión sigue abierta. Veremos lo que nos depara el futuro próximo.

El paralelismo procedimental en la persecución del delito de defraudación tributaria

Juan Carlos Ferré Olivé

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Huelva

I. APROXIMACIÓN

El Derecho penal económico ha proporcionado a la hasta cierto punto fosilizada ciencia penalista un nuevo panorama para la investigación y el debate. Del estudio recurrente e infinito de instituciones exageradamente manidas, cuyo agotamiento evidente daba paso a nuevas teorías circulares y laberínticas --que habría criticado con seguridad el mismísimo Jorge Luis Borges, de haber tenido interés por lo jurídico--, pasamos a conceptos a menudo importados del mundo anglosajón, no menos confusos pero sin duda potenciadores de nuevas soluciones y polémicas. En este contexto innovador encontramos a Juan Terradillos, que ha dedicado la mayor parte de su vida científica a los delitos económicos, aplicándoles su agudo e inigualable punto de vista, enseñándonos anticipadamente el camino a seguir. Al margen de soluciones que se van digiriendo lentamente, como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, quiero destacar lo insólito de incorporar al Código Penal reglas claramente procedimentales, pero que por su ubicación sistemática también requieren su análisis desde una perspectiva sustantiva. Concretamente quiero hacer referencia a la disposición contenida en el art. 305.5 CP que dispone: «Cuando la Administración Tributaria apreciare indicios de haberse cometido un delito contra la Hacienda Pública, podrá liquidar de forma separada, por una parte los conceptos y cuantías que no se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública, y por otra, los que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública. La liquidación indicada en primer lugar en el párrafo anterior seguirá la tramitación ordinaria y se sujetará al régimen de recursos propios de toda liquidación tributaria. Y la liquidación que en su caso derive de aquellos conceptos y cuantías que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública seguirá la tramitación que al efecto establezca la normativa tributaria, sin perjuicio de que finalmente se ajuste a lo que se decida en el proceso penal. La existencia del procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública no paralizará la acción de cobro de la deuda tributaria. Por parte de la Administración Tributaria podrán iniciarse las actuaciones dirigidas al cobro, salvo que el Juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución, previa prestación de garantía. Si no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el Juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciare que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación».

II. LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA FASE PREJURISDICCIONAL

En los delitos contra la Hacienda Pública poseen un valor determinante las actuaciones administrativas previas. Es la Administración la que conoce los datos, consigna cifras y aprecia la falta de coincidencia entre lo que se debería constar en las declaraciones tributarias y la realidad de lo acontecido. Obviamente este delito se puede comenzar a perseguir a partir de la *notitia criminis*, que puede llegar a oídos de los órganos jurisdiccionales competentes por múltiples vías, normalmente a través de los propios funcionarios de la Administración tributaria que por razón de su cargo tienen la obligación de denunciar los delitos públicos (art. 262 LEC), aunque es cada día más frecuente que las sospechas surjan de otras actuaciones jurisdiccionales (delitos de corrupción, tráfico de drogas, etc.) en las que aparecen sorprendentes manifestaciones de riqueza desconocidas para la Hacienda Pública. En todo caso, sea cual sea el origen de la denuncia, la recogida de material probatorio no puede realizarse sin contar con la determinante información que obra en poder de la Administración tributaria ²⁴⁶, que por otra parte requiere estudiar en profundidad si en el caso concreto se dan los presupuestos de la responsabilidad penal que hagan viable la denuncia (indicios bastantes de delito). Y las actuaciones no quedan en la mera sospecha de delito tributario: la denuncia debe acompañarse de toda la documentación pertinente para que el Ministerio Público pueda encontrar una base sólida para la acusación. Se habla equivocadamente de una *fase preprocesal* en delitos contra la Hacienda Pública para hacer referencia a las actuaciones que se inician cuando la Inspección tributaria advierte, en el marco de un procedimiento de liquidación o de sanción la posible existencia de un delito contra la Hacienda Pública ²⁴⁷. Parecería que esos actos no se rigen por ningún proceso («*preprocesales*»), sino que se estructuran sobre la base de unos criterios no del todo reglados que aplican los funcionarios y autoridades de la Administración tributaria. Se trata de instrucciones y decisiones emanadas de distintas instancias que son resultado de la *praxis funcional*, lo que genera un panorama decisorio al menos poco claro ²⁴⁸. Sin embargo, evidentemente existe un procedimiento administrativo en marcha antes del comienzo de la fase jurisdiccional. En realidad, estamos ante una *fase prejurisdiccional*, previa a las actuaciones propias de la Administración de Justicia. La fase prejurisdiccional surge entonces cuando la Administración da comienzo al procedimiento de liquidación o al procedimiento sancionador. Y su culminación dependerá, como se verá, del cariz que tomen las investigaciones. Pero no puede ignorarse la necesidad de conocer al menos provisionalmente la cuota tributaria debida, que no está conformada como condición de procedibilidad sino como presupuesto lógico para saber si las actuaciones penales que se dirigirán al presunto defraudador van bien encaminadas, sustentándose *prima facie* en cierto marco probatorio, o se trata de una investigación sin fundamento, o incluso un acoso administrativo encubierto --como se ha dado histórica y puntualmente con algunos artistas, deportistas de élite o empresarios-- con inconfesables objetivos publicitarios, moralizantes y recaudatorios. La Inspección no debe aplicar criterios automáticos al constatar una infracción que supere la cuantía señalada por los arts. 305 o siguientes CP. Por el contrario, debe valorar si la conducta es dolosa y si existen indicios convincentes de fraude (asentado en un *ocultamiento*) a la Hacienda Pública ²⁴⁹. Si la administración *no aprecia indicios de delito*, pero sí de una infracción administrativa, liquidará los tributos adeudados y aplicará el régimen previsto por la LGT para infracciones y sanciones tributarias, siguiendo el procedimiento ordinario a partir de un *acta de inspección* y en base al principio de responsabilidad en materia de infracciones tributarias (art. 179.1 LGT).

III. INDICIOS PARCIALES DE DELITO

Se dará este supuesto cuando la administración *aprecie parcialmente* indicios de delito. Esta compleja situación se presentará si en la misma investigación se descubren algunas cuantías que están vinculadas a un posible delito y otras que no. La liquidación se producirá entonces de *forma separada* (art. 305.5 CP). Hasta la entrada en vigor de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, (complementada en este punto por la reforma de la LGT operada por L 34/2015, de 21 de septiembre) existía la obligación ineludible de paralizar todos los procedimientos administrativos en curso. Establecía entonces el art. 180.1 LGT, que la Administración tributaria «se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo, que quedará suspendido mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal». La principal consecuencia práctica de dicha paralización total no se apreciaba en el cese del procedimiento sancionador, ya que era evidente la vigencia del principio *non bis in idem* que impide la duplicidad sancionatoria, sino en el procedimiento de liquidación. Las consecuencias eran graves en cuanto a la liquidación y cobro de la deuda tributaria, que quedaban paralizados *sine die* a expensas del resultado del proceso penal.

Incluso esta situación adquiriría carácter definitivo si se alcanzaba una sentencia penal condenatoria, lo que se ha calificado como exención tributaria « *contra legem* » ²⁵⁰. En realidad, esta deuda se convertía a través de una extraña y difícilmente comprensible *mutación del título* en la responsabilidad civil derivada del delito ²⁵¹.

A partir de la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, consolidada a partir de la L 34/2015, de 21 de septiembre, en el momento en que se decide pasar el tanto de culpa a los órganos jurisdiccionales o al Ministerio Público el procedimiento administrativo se divide. Todos los aspectos sancionatorios se remiten al orden jurisdiccional, y la faz liquidatoria culmina en un proceso paralelo al judicial, que en ningún caso tiene naturaleza sancionatoria. Se ha regulado en el art. 250.1 LGT, referido a la *práctica de liquidaciones* en caso de existencia de indicios de delitos contra la Hacienda Pública: «Cuando la Administración Tributaria aprecie indicios de delito contra la Hacienda Pública, se continuará la tramitación del procedimiento con arreglo a las normas generales que resulten de aplicación, sin perjuicio de que se pase el tanto de culpa a la jurisdicción competente o se remita el expediente al Ministerio Fiscal (...)». Este fue uno de los objetivos claramente perseguidos y declarados por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, cuyo Preámbulo señala: «Se introduce un nuevo apartado que permite a la Administración Tributaria continuar con el procedimiento administrativo de cobro de la deuda tributaria pese a la pendencia del proceso penal. Con esta reforma se trata de eliminar situaciones de privilegio y situar al presunto delincuente en la misma posición que cualquier otro deudor tributario, y al tiempo se incrementa la eficacia de la actuación de control de la Administración: la sola pendencia del proceso judicial no paraliza la acción de cobro pero podrá paralizarla el Juez siempre que el pago de la deuda se garantice o que el Juez considere que se podrían producir daños de imposible o difícil reparación. Y también se atiende a una exigencia del ordenamiento comunitario, ya que las autoridades comunitarias vienen reclamando a España una reforma de su sistema legal para que la existencia del proceso penal no paralice la acción de cobro de las deudas tributarias que constituyan recursos propios de la Unión Europea».

En el marco de esta división de procedimientos, por una parte, se encuentran los conceptos y cuantías que no están vinculados a los delitos contra la Hacienda Pública. En este caso, la liquidación seguirá la tramitación ordinaria a partir de un *acta de inspección* y se sujetará al régimen de recursos propios de toda liquidación tributaria (arts. 305.5 CP y 250.3 LGT). En otros términos, la Administración seguirá gozando del privilegio de la autoejecución de sus propios créditos. Por otra parte, se apreciarán los conceptos y cuantías efectivamente *vinculadas al delito*. También respecto a estos conceptos se practicará una liquidación, conocida como *liquidación vinculada a delito* o LVD, que «seguirá la tramitación que al efecto establezca la normativa tributaria, sin perjuicio de que finalmente se ajuste a lo que se decida en el proceso penal» (art. 305.5 CP). La LGT establece en su art. 250.1 párrafo 2º que se separarán en liquidaciones diferentes los elementos de la obligación tributaria objeto de comprobación «que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública y aquellos que no se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública». Los criterios para cumplimentar ambas liquidaciones se explicitan en el art. 253.3 LGT. Cuando la Administración Tributaria aprecie indicios de delito contra la Hacienda Pública, practicará la liquidación siguiendo las siguientes pautas (art. 253 LGT):

- Procederá a formalizar una propuesta de liquidación vinculada al delito (LVD), en la que se expresarán los hechos y fundamentos de derecho en los que se basa la misma.
- Dicha propuesta se notificará al obligado tributario concediéndole el trámite de audiencia para que alegue lo que convenga a su derecho en el plazo de 15 días naturales, contados a partir del siguiente al de notificación de la propuesta.
- Transcurrido el plazo previsto para el trámite de audiencia y examinadas las alegaciones presentadas en su caso, el órgano competente dictará una liquidación administrativa (LVD), con la autorización previa o simultánea del órgano de la Administración Tributaria competente para interponer la denuncia o querella, cuando considere que la regularización procedente pone de manifiesto la existencia de un posible delito contra la Hacienda Pública.

Esta solución, que a primera vista puede parecer sencilla, tiende a ser la fuente de grandes problemas interpretativos. Como se señala por la doctrina, el funcionario de la Administración tributaria deberá diferenciar los conceptos tributarios que tienen trascendencia penal y los que no la tienen (manejando la LGT conceptos poco claros en esta materia, como la presencia o ausencia de dolo --art. 250.3 LGT--), cuando es sumamente difícil discernir la frontera de la criminalidad, decisión con

importantísimas consecuencias cuando las sumas analizadas no estén muy distantes de la cuantía de 120.000 euros fijada por el art. 305.1 CP ²⁵².

Frente a esta liquidación administrativa «no procederá recurso o reclamación en vía administrativa» (art. 254.1 LGT). Con esta polémica decisión los creadores de este nuevo marco jurídico intentan que no exista una intervención jurisdiccional doble que se pronuncie sobre la liquidación de la cuota presuntamente defraudada: el tribunal penal y el contencioso-administrativo. Sin embargo, esta solución no se aplica de forma igualitaria. Es oportuno recordar que la LVD también se encuentra prevista en la Ley de Represión del Contrabando en su Disposición Adicional 4º, que prevé expresamente la posibilidad de recurso contencioso-administrativo ²⁵³. En el espacio de la renta de aduanas no parece problemática la intervención jurisdiccional doble pero sí en el de la tributación, lo que genera un tratamiento desigual e inexplicable. Parte de la doctrina defiende que esta liquidación en el ámbito tributario no puede resultar ajena al régimen de recursos contencioso-administrativos, pues el contribuyente quedará en una situación de clara indefensión ante importantes actos de la Administración Tributaria ²⁵⁴. Se alega por sus defensores que la LVD puede ser revisada por la jurisdicción penal, que puede «de oficio o a instancia de parte» acordar «la suspensión de las actuaciones de ejecución, previa presentación de garantía» (art. 305.5 CP). Según destaca Martín Queralt, esta solución «desnaturaliza el concepto de Juez *natural* llamado a pronunciarse sobre la legalidad de la actuación administrativa. Lo que hace, en definitiva, es configurar un Juez *natural* al servicio de los objetivos de la política criminal de la reforma» ²⁵⁵.

Por su parte, dispone el art. 253.1 LGT que «una vez dictada la liquidación administrativa, la Administración Tributaria pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente o remitirá el expediente al Ministerio Fiscal y el procedimiento de comprobación finalizará, respecto de los elementos de la obligación tributaria regularizados mediante dicha liquidación, con la notificación al obligado tributario de la misma, en la que se advertirá de que el período voluntario de ingreso sólo comenzará a computarse una vez que sea notificada la admisión a trámite de la denuncia o querella correspondiente, en los términos establecidos en el artículo 255 (de la LGT)». Dado que se ha apreciado la presencia de un delito de carácter público, la Administración Tributaria *está obligada* a formular la denuncia (art. 262 LEC) aunque el presunto defraudador se allanara al pago de las sumas requeridas.

Es destacable que la ley limita al órgano jurisdiccional penal la suspensión de la ejecución de la LVD. Así lo establece el ya mencionado art. 305.5 CP. Sin embargo, esta solución legislativa viola la *tutela judicial efectiva*, ya que no permite al juzgador valorar o resolver sobre los distintos aspectos de la actuación administrativa, y solo le permite suspender la ejecución de una LVD con dispensa de garantías de forma excepcional, debiendo demostrar que se pueden ocasionar *daños irreparables* o de muy difícil reparación. Estos conceptos no son propios del orden penal, sino de la normativa que regula la jurisdicción contencioso-administrativa y que aparecen en esta normativa *pretendidamente penal*, ignorándose otros criterios de idéntico origen como la apariencia de buen derecho (*Fumus Bonis Iuris*). Estas normas y las que consagra la LEC (su Título X bis) persiguen claramente obstaculizar cualquier intento que provenga del orden jurisdiccional para paralizar la liquidación y cobro de la deuda tributaria por parte de la Administración.

Ante determinadas situaciones la Administración *no debe* practicar la liquidación vinculada a delito, estableciendo el art. 251.1 LGT que se abstenga de hacerlo en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la tramitación de la liquidación administrativa pueda ocasionar la prescripción del delito con arreglo a los plazos previstos en el artículo 131 del Código Penal.
- b) Cuando de resultas de la investigación o comprobación, no pudiese determinarse con exactitud el importe de la liquidación o no hubiera sido posible atribuirlo a un obligado tributario concreto.
- c) Cuando la liquidación administrativa pudiese perjudicar de cualquier forma la investigación o comprobación de la defraudación.

En los casos anteriormente señalados, junto al escrito de denuncia o de querella presentado por la Administración Tributaria, se trasladará también el acuerdo motivado en el que se justifique la concurrencia de alguna de las circunstancias determinantes de la decisión administrativa de no proceder a dictar liquidación. En estos casos no se concederá trámite de audiencia o alegaciones al obligado tributario. En estos casos tasados --que no dejan de incrementar la incertidumbre por la amplitud de sus términos-- solo corresponderá la determinación judicial de la cuota defraudada. La continuidad del procedimiento de liquidación no impide la inmediata paralización del procedimiento sancionador administrativo, como se expondrá a continuación.

IV. PRESENCIA EXCLUSIVA DE CONDUCTAS DELICTIVAS

Este supuesto se da cuando la Administración aprecia *exclusivamente* indicios de delito. Se sigue el mismo procedimiento anteriormente descrito para la liquidación del tributo cuando se han detectado indicios parciales de delito contra la Hacienda Pública. Como se ha visto, el camino que recorre el proceso de liquidación se aparta del proceso sancionador administrativo, que debe suspenderse, dando por finalizada desde esta perspectiva la etapa prejurisdiccional (sancionadora) y dando nacimiento al *paralelismo procedimental* en orden a la liquidación. En el supuesto de apreciar indicios de delito, «la Administración se abstendrá de iniciar o, en su caso, continuar, el procedimiento sancionador correspondiente a estos mismos hechos. En caso de haberse iniciado un procedimiento sancionador, de no haber concluido éste con anterioridad, dicha conclusión se entenderá producida, en todo caso, en el momento en que se pase el tanto de culpa a la jurisdicción competente o se remita el expediente al Ministerio Fiscal» (art. 250.2 LGT). Habiéndose iniciado un procedimiento sancionador, «éste se entenderá concluido, en todo caso, en el momento en que se pase el tanto de culpa a la jurisdicción competente o se remita el expediente ante el Ministerio Fiscal» (art. 251. 2 LGT). A esto se añade otra importante consecuencia: «Las actuaciones del procedimiento de comprobación e investigación realizadas durante el período de suspensión respecto a los hechos denunciados se tendrán por inexistentes» (art. 251.2 LGT).

Cuando se hayan recabado un número suficiente de indicios y pruebas de un delito contra la Hacienda Pública, que permitan sustentar un proceso penal en condiciones, los antecedentes deben remitirse al Ministerio Público o presentar denuncia ante el Juez penal (art. 250.1 LGT). La exigencia de indicios racionales de criminalidad debe ir avalada por pruebas bastantes. En otras palabras, la labor de la Administración tributaria debe facilitar la acusación que deberá formular posteriormente el Ministerio Público, aportando todos los datos que sean necesarios para determinar el fraude y su cuantía ²⁵⁶. De esa forma se evita que en muchos casos el Juez deba recurrir a indicios poco sólidos, aplicando de forma exclusiva criterios de estimación indirecta de bases tributarias para definir esas cuantías ²⁵⁷, lo que conducirá regularmente a que los propios expedientes no prosperen y terminen sobreesidos y archivados. Normalmente la Administración tributaria que ha advertido el delito de defraudación tributaria remitirá las actuaciones pertinentes al Ministerio Público. La Fiscalía puede desarrollar diligencias en una etapa previa de investigación antes de presentar la denuncia al Juez de Instrucción, o bien formular directamente la denuncia aportando los antecedentes y material probatorio que obren en su poder.

V. EL PARALELISMO PROCEDIMENTAL

El paralelismo procedimental se desarrolla sobre la base de la ausencia de identidad entre la determinación de la cuota tributaria (competencia administrativa) y la determinación de la cuota defraudada (competencia penal). Esta duplicidad de procedimientos, pese a que permite coordinar más ajustadamente las responsabilidades penales y administrativas, y prevé fórmulas para corregir los aspectos patrimoniales en el momento procesal oportuno, no ha sido ajena a las críticas doctrinales. Así, cuestiona Terradillos Basoco que puede haber pronunciamientos distintos en ambas instancias, y al haberse sustanciado previamente un expediente administrativo «el presunto infractor puede facilitar pruebas o reconocer hechos determinantes, *de facto*, del sentido de la decisión penal, vaciándose así de contenido tanto la presunción de inocencia como el derecho al debido proceso» ²⁵⁸.

1. Actuaciones jurisdiccionales

Al pasar las actuaciones de la órbita administrativa a sede penal no se produce, como ya se ha visto, la suspensión del cobro del tributo ya liquidado, que se ejecuta a través de un procedimiento administrativo de apremio paralelo, salvo disposición de la *justicia penal* que suspenda dicho cobro. La pregunta que cabe formular es la incidencia que tiene en un concepto clave para el delito de defraudación tributaria como es el de cuota tributaria defraudada la liquidación que previamente ha hecho y cobrado la Administración. La determinación de la *cuota tributaria defraudada* no es una cuestión prejudicial en manos de la Administración tributaria en los términos del art. 4 LEC (cuestión prejudicial *devolutiva*) sino que es una tarea que debe llevar a cabo el Juez penal ²⁵⁹. Establece con claridad el art. 254 LGT que corresponde «...al Juez penal determinar en sentencia la cuota defraudada vinculada a los delitos contra la Hacienda Pública que hubiese sido liquidada al amparo de lo previsto en el apartado 5 del artículo 305 del Código Penal y en el Título VI de esta Ley». En otros términos, la LVD es un indicio supeditado a lo que finalmente se acredite en el marco de un procedimiento *penal* contradictorio.

El tribunal penal determinará la cuantía defraudada. Si no existiera correspondencia entre dicha cuantía y la liquidación administrativo-tributaria, el art. 257 LGT da solución a este problema fijando los efectos de dicha alteración. Así, si las cuantías fueran idénticas, no se modificará la liquidación realizada, «sin perjuicio de la liquidación de los intereses de demora y recargos que correspondan». En cambio, si existieran diferencias en más o en menos la liquidación vinculada a delito (LVD) ya dictada deberá modificarse, según las pautas específicamente señaladas por dicho artículo. De esta forma quedan aclaradas las consecuencias que para el proceso penal tienen las decisiones que previamente se pudieran haber tomado en sede Administrativa respecto a la cuota tributaria. La cuota defraudada que se fija en sede penal puede perfectamente no coincidir con la liquidada por la Administración Tributaria por infinidad de motivos. Destacamos los siguientes:

- Las conductas culposas son penalmente irrelevantes, al contrario de su trascendencia en sede tributaria.
- La Administración tributaria recurre regularmente a presunciones como las previstas en la estimación indirecta, que la justicia penal suele rechazar si no van acompañadas de otros indicios concluyentes.
- La presunción de inocencia prevalece en sede penal.

Establece el artículo 614 bis LEC que «una vez iniciado el proceso penal por delito contra la Hacienda Pública, el juez de lo penal decidirá acerca de las pretensiones referidas a las medidas cautelares adoptadas al amparo del artículo 81 de la Ley General Tributaria». Se trata de las medidas cautelares adoptadas por la Administración tributaria para asegurar el cobro de las deudas «para cuya recaudación sea competente».

2. Actuaciones en sede administrativa

En este supuesto, como *regla general*, establece el art. 305.5. CP que «la existencia del procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública no paralizará la acción de cobro de la deuda tributaria. Por parte de la Administración Tributaria podrán iniciarse las actuaciones dirigidas al cobro...» El art. 255 LGT complementa esta disposición, estableciendo las reglas que regirán estas actuaciones administrativas. Establece dicho precepto que «una vez que conste admitida la denuncia o querrela por delito contra la Hacienda Pública, la Administración Tributaria procederá a notificar al obligado tributario el inicio del período voluntario de pago requiriéndole para que realice el ingreso de la deuda tributaria liquidada en los plazos a que se refiere el artículo 62.2 de esta Ley». Con esta solución se modifica sustancialmente la situación anterior, cuando la iniciación del procedimiento penal suponía la paralización total de las dos vías administrativas: el proceso sancionatorio y el proceso de liquidación. Con la nueva regulación solo se paraliza la faz sancionatoria, que queda en espera de la decisión final que adopte la sede penal, mientras se sigue adelante con la liquidación y cobro del tributo.

Sin embargo, esta bifurcación procedimental no debe ser desposeída de su marco garantista. La acción de cobro de los conceptos y cuantías vinculados con el delito puede resultar paralizada, pues según el art. 305.5 CP queda en manos del Juez, de oficio o a petición de parte, el acordar la suspensión de las actuaciones de ejecución, *previa prestación de garantía*. El art. 621 bis LEC se ocupa de «las especialidades en los delitos contra la Hacienda Pública» reiterando que el inicio del procedimiento penal no paraliza las actuaciones administrativas de cobro de la deuda ya liquidada, salvo que el Juez, de oficio o a instancia de parte, hubiese acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución. En caso que decidiera la suspensión, «habrá de fijar el alcance de la garantía que haya de prestarse y el plazo para hacerlo, que en ningún caso excederá de dos meses», salvo los supuestos excepcionales de dispensa judicial de esta garantía. Este supuesto está contemplado en el art. 305.5 CP que dice que «si no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el Juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciar que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación». Completa este panorama legislativo el art. 621 bis 3 LEC que «la garantía así prestada deberá cubrir suficientemente el importe resultante de la liquidación administrativa practicada, los intereses de demora que genere la suspensión y los recargos que procederían en caso de ejecución de la misma».

Como puede advertirse fácilmente, la ley ha privado al contribuyente de la posibilidad de recurrir a los tribunales contencioso-administrativos en caso de disconformidad con la liquidación realizada, que puede llegar a ser objeto de una revisión limitada por parte de un tribunal penal, juzgador que por expreso deseo de la ley *no es juez natural* respecto a la liquidación del tributo. Estamos ante un

incomprensible *parche procesal* guiado por el más puro pragmatismo, carente de todo aval científico y lesivo del derecho a una *tutela judicial efectiva* y del sometimiento de la actividad de la Administración a la revisión jurisdiccional básico en todo Estado de Derecho.

VI. LA FASE POSTJURISDICCIONAL

Una vez adoptada por los órganos jurisdiccionales las decisiones que correspondan, se abren para la Administración tributaria distintas vías, según haya sido el resultado final del proceso.

- En el caso de inadmisión de la denuncia o querella, esta circunstancia «determinará la retroacción de las actuaciones inspectoras al momento anterior a aquel en que se dictó la propuesta de liquidación vinculada a delito, procediendo en ese caso la formalización del acta que corresponda, que se tramitará de acuerdo con lo establecido en esta Ley y su normativa de desarrollo» (art. 253.2 LGT). Similar solución se brinda si se trata de una sentencia absolutoria o de un sobreseimiento libre, aplicando el art. 257.2 c. LGT.

- En el caso de sentencia condenatoria, ésta impedirá la aplicación de una sanción administrativa por los mismos hechos (art. 250.2 y 251.2 LGT). El art. 257 LGT indica las pautas para verificar si la suma adeudada a Hacienda en virtud de la condena penal ya ha sido completamente cobrada en el procedimiento administrativo paralelo, o debe corregirse a través de nuevos pagos o devoluciones.

- Con carácter general, no son de aplicación las reglas indemnizatorias que se utilizaban hasta ahora, basadas en una dudosa «mutación de título» que conducía a responsabilidades civiles. Sin embargo, se deberá recurrir a ese título si la deuda tributaria no puede liquidarse por prescripción, pero la responsabilidad penal aún subsiste (la ya tradicional responsabilidad penal del *quinto año*) o por cualquier otra *causa legal*, en virtud de lo establecido en el art. 305. 7 CP. En estos supuestos, una vez determinadas judicialmente las cantidades adeudadas, la ejecución de dichas cantidades y de la multa impuesta será realizada por la Administración Tributaria a través del procedimiento administrativo de *apremio* (art. 305.7 CP) gozando aquí esta institución también del privilegio de la autoejecución de sus créditos al que se suma la ejecución de las multas judicialmente impuestas, solución «carente de fundamento dogmático y político-criminal» ²⁶⁰.

- Por otra parte, «de no haberse apreciado la existencia de delito, la Administración Tributaria iniciará, cuando proceda, el procedimiento sancionador administrativo de acuerdo con los hechos que los tribunales hubieran considerado probados», para lo cual se iniciará un nuevo procedimiento sancionador (art. 250.2 LGT). Es de singular importancia destacar que «el pase del tanto de culpa o la remisión del expediente interrumpirá los plazos de prescripción del derecho a determinar la deuda tributaria y a imponer la sanción, de acuerdo con lo previsto en los artículos 68.1 y 189.3 de esta Ley» (art. 251.2 LGT). Y que «el cómputo de los plazos de prescripción se iniciará de nuevo desde la entrada de la resolución judicial en el registro de la Administración Tributaria correspondiente» (art. 251. 3 LGT) ²⁶¹.

NOTAS:

¹Como afirma Faraldo Cabana, se trata de evitar la creación de tensiones innecesarias en la interpretación de los elementos típicos de los delitos (*Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia (2009), p. 27).

²Al respecto, ver los informes anuales de la CNMC sobre comercio electrónico: #sdfootnote3anc" _mce_href="#sdfootnote3anc" name="sdfootnote3sym"3C. Elbert, «El caso Napster como disparador de un nuevo debate. Un análisis económico de los derechos de autor en la sociedad de la información», en *Derecho de Internet*, 2ª edición, ed. Heliasta, Buenos Aires (2012), pp. 279-280.

⁴L. M. Puente Aba, «Tutela penal del inversor/consumidor e ilícitos penales de la empresa», en *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española. Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico*, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidade da Coruña, A Coruña (2015), pp. 122 y ss.

⁵J. M. Terradillos Basoco, *Cuestiones actuales de Derecho penal económico y la empresa*, ed. Ara Editores, Lima (2010), p. 22.

⁶L. R. Ruiz Rodríguez, «Uso ilícito y falsificación tarjetas bancarias», en *Revista de Internet*,

Derecho y Política, UOC, núm. 3 (2006), pp. 1-12.

⁷P. Faraldo Cabana, *op. cit.*, p. 233.

⁸Javato Martín remarca esta duda en «Sobre: "Estafa convencional, estafa informática y robo en el ámbito de los medios electrónicos de pago. El uso fraudulento de tarjetas y otros instrumentos de pago". Recensión del libro de Ricardo M. Mata y Martín», en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, núm. 10-r5 (2008), p. 6.

⁹Al respecto, J. Alonso García, *Derecho penal y redes sociales*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (2015), pp. 406-407.

¹⁰Esta falta de relación pone en duda el modelo de regulación penal que considera al tipo convencional como matriz y tipo que recoge el avance tecnológico como subsidiario de aquel. Para el caso suizo, ver A. Javato Martín, «La tutela penal del consumidor en el comercio electrónico en el Derecho suizo», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-12 (2005), p. 2.

¹¹P. Faraldo Cabana, *op. cit.*, pp. 94-95.

¹²Ver el informe del Banco de España sobre operaciones de compra mediante TPV: <https://www.bde.es/f/webbde/SPA/sispago/ficheros/es/estadisticas.pdf>.

¹³Según la clasificación de Terradillos Basoco (*Derecho penal de la empresa*, ed. Trotta, Madrid (1995), pp. 179 y ss.).

¹⁴P. Faraldo Cabana, *op. cit.*, p. 256.

¹⁵L. Puente Aba, «El delito publicitario», en AA.VV., *La protección penal de los consumidores*, CEACCU, #sdfootnote16anc" _mce_href="#sdfootnote16anc" name="sdfootnote16sym"16S. Cavanillas Múgica, «La responsabilidad de los proveedores de información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico», en AA.VV., *Responsabilidades de los proveedores de información en internet*, ed. Comares, Granada (2007), p. 7.

¹⁷Así, M. Gómez Tomillo, «Responsabilidad penal por delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de Internet», en Mata y Martín (ed.), *La propiedad intelectual en la era digital*, ed. La Ley, Madrid (2011), pp. 199-204; J. Terradillos Basoco, *Derecho penal de la empresa*, *op. cit.*, p. 186; L. R. Ruiz Rodríguez, «El delito publicitario en el Código penal español», en *Revista Jurídica del Perú*, núm. 25 (2001).

¹⁸Artículo 17 LSSICE. Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda: 1. *Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que: a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.*

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el

proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos.

[19](#)Ampliamente, J. Alonso García, *op. cit.*, pp. 135 y ss.

[20](#)J. M. Terradillos Basoco, *Estudios sobre Derecho penal de la empresa*, ed. Editores del Puerto, Buenos Aires (2009), p. 235.

[21](#)F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., Valencia, 2015, p. 460; J. M. RÍOS CORBACHO, «Delitos societarios», en J. M. TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Derecho penal económico. Parte especial (Derecho penal económico)*, Tomo IV, 2ªed., Madrid, 2016, p. 149; el mismo, «Delitos societarios», en *Lecciones de Derecho penal. Derecho penal. Parte especial*, Tomo V, San José de Costa Rica, 2017, p. 184.

[22](#)J. M. RÍOS CORBACHO, «Elementos comunes», en VV.AA., *Memento penal de la empresa*, Madrid, 2003, p. 78.

[23](#)F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., *cit.*, p. 460.

[24](#)J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, «Administradores de hecho y de Derecho en el nuevo Código Penal», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 2 (1999), p. 15; el mismo, *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos, Reflexiones para un desorden legal*, Madrid, 2001, p. 106.

[25](#)J. M. RÍOS CORBACHO, «Delitos societarios», en J. M. TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Derecho penal económico. Parte especial (Derecho penal económico)*, Tomo IV, 2ªed., *cit.*, p. 151. En este sentido, cabe destacar la SAP de Asturias, sec. 7ª, de fecha 17 de abril de 2001. ARP 145. Cfr. J. C. FERRÉ OLIVÉ, «Sujetos responsables en los delitos societarios», *Revista Penal*, nº 1 (1996), p. 24.

[26](#)En este sentido, véase la SAP de Sevilla, sec. 1ª de 18 de septiembre de 2000, ARP 3095, que establece la consideración de que el administrador de hecho es aquel cuyo nombramiento está afectado por un defecto o vicio que lo haga irregular o incluso nulo, siempre que vaya acompañado de un ejercicio efectivo de las funciones propias de la administración de la sociedad. Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios: un enfoque mercantil*, Madrid, 1996, p. 46; N., LATORRE CHINER, *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Granada, 2003, p. 152; J. M. RÍOS CORBACHO, «Delitos societarios», en J. M. TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Derecho penal económico. Parte especial (Derecho penal económico)*, Tomo IV, 2ªed., *cit.*, pp. 150 y 151.

[27](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Los delitos societarios», en B. DEL ROSAL BLASCO (ed.), *Estudios sobre el nuevo Código penal de 1995*, Valencia, 1997, p. 266; el mismo, «Delitos societarios. Cuestiones generales», en AA.VV., *El nuevo Código Penal y la Ley del Jurado*, Sevilla, 1996, p. 189; el mismo, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995, p. 81; el mismo, *Empresa y Derecho penal*, Buenos Aires, 2001, p. 272; el mismo, *Delitos societarios. El derecho Penal en las sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*, Madrid, 1987, p. 59; J. M., RÍOS CORBACHO, «Elementos comunes», en VV.AA., *Memento penal de la empresa*, *cit.*, p. 78.

[28](#)En este sentido, véase: P. FARALDO CABANA, *Responsabilidad del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, 2003, p. 150; J. M. RÍOS CORBACHO, *El administrador de facto en el Derecho penal societario*, San José de Costa Rica, 2013, pp. 143 y ss.; el mismo, *Memento penal de la Empresa*, *cit.*, p. 79.

[29](#)E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios: un enfoque mercantil*, Madrid, 1996, p. 46; N. LATORRE CHINER, *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Granada, 2003, p. 152; J. M. RÍOS CORBACHO, «Delitos societarios», en J. M. TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Derecho penal económico. Parte especial*

(*Derecho penal económico*), Tomo IV, 2ªed., cit., p. 150; el mismo, *El administrador de facto en el Derecho penal societario*, cit., p. 118.

[30](#)J. R. RÍOS CORBACHO, «Delitos societarios», en *Lecciones de Derecho penal. Derecho penal. Parte especial*, Tomo V, cit., p. 185; el mismo, *Memento penal de la Empresa*, cit., p. 79; Cfr. A. LINARES ESTRELLA, *Un problema de la parte general del Derecho penal económico. El actuar en nombre de otro. Análisis del Derecho penal español y cubano*, Granada, 2002, p. 272; J. M. OLIVARES JAMES, «En torno a los administradores de hecho de las sociedades anónimas», *Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 1975, p. 300; A. I., PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, Barcelona, 1997, p. 49.

[31](#)J. M. RÍOS CORBACHO, «Delitos societarios», en *Lecciones de Derecho penal. Derecho penal. Parte especial*, Tomo V, cit., pp. 184 y 185.

[32](#)J. M. RÍOS CORBACHO, «Delitos societarios», en J. M. TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Derecho penal económico. Parte especial (Derecho penal económico)*, Tomo IV, 2ªed., cit., p. 217.

[33](#)J. G. FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios en el Código Penal español*, Madrid, 1998, p. 78.

[34](#)P. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Valencia, 2000, pp. 98 y 99; D. BAIGÚN y S. D. BERGEL, *El fraude en la administración societaria*, Buenos Aires, 1991, p. 127; J. M. RÍOS CORBACHO, *El administrador de facto en el Derecho penal societario*, cit., p. 218; el mismo, *Memento penal de la Empresa*, cit., p. 79.

[35](#)P. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, cit., pp. 98 y ss. J. G. FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios en el Código Penal español*, cit., pp. 78 y 79. J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Los delitos societarios», en B. DEL ROSAL BLASCO (ed.), *Estudios sobre el nuevo Código penal de 1995*, cit., p. 271. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., p. 460.

[36](#)G. QUINTERO OLIVARES, «Sobre los delitos societarios en el nuevo Código Penal (Cuestiones generales)», en A. ASÚA BATARRITA (ed.), *Jornadas sobre el Nuevo CP de 1995*, Bilbao, 1998, p. 177; P. FARALDO CABANA, *El delito societario de falsedad en documentos sociales*, Valencia, 2003, p. 92. La autora cambia en esta obra su idea de considerar al liquidador administrador de hecho por la de considerarlo de derecho con respecto a trabajos anteriores; J. M. RÍOS CORBACHO, *El administrador de facto en el Derecho penal societario*, cit., p. 221.

[37](#)J. M. RÍOS CORBACHO, *Memento penal de la Empresa*, cit., p. 79.

[38](#)C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 3ª ed., Valencia, 2011, p. 352.

[39](#)J. M. RÍOS CORBACHO, *El administrador de facto en el Derecho penal societario*, cit., p. 229.

[40](#)L. FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, D. GARCÍA-PITA PEMÁN y A. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en la esfera jurídica societaria», en J&A GARRIGUES, *Responsabilidad de Consejeros y altos cargos de las sociedades de capital*, Madrid, 1996, p. 33; N. LATORRE CHINER, *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, cit., p. 137.

[41](#)C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 3ª ed., cit., pp. 351 y 352; P. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, cit., p. 102; J. M. RÍOS CORBACHO, *El administrador de facto en el Derecho penal societario*, cit., p. 275.

[42](#)C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 3ª ed., cit., p. 352; P. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, cit., p. 98; J. M. RÍOS CORBACHO, *El administrador de facto en el Derecho penal societario*, cit., p. 266; A. CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal* (art. 295), Madrid, 1998, pp. 254 y 255.

[43](#)A. CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal* (art. 295), cit., pp. 269 y 270; J. M. RÍOS CORBACHO, *El administrador de facto en el Derecho penal societario*, cit., p. 267.

[44](#)M. DE HARO SOLANO, *La dirección financiera*, Málaga, 1982, pp. 33 y 34; J. M. RÍOS CORBACHO, *El administrador de facto en el Derecho penal societario*, cit., p. 247.

[45](#)J. M. RÍOS CORBACHO, *Memento penal de la Empresa*, cit., p. 81.

[46](#)J. POLO VEREDA, «Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos», *La Ley*, nº 4531 (1998), p. 8.

[47](#)P. FARALDO CABANA, *El delito societario de falsedad en documentos sociales*, Valencia, 2003, p. 90. En contra de esta tesis, J. POLO VEREDA, «Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos», cit., p. 8; cfr. J. M. RÍOS CORBACHO, *El administrador de facto en el Derecho penal societario*, cit., p. 247.

[48](#)J. M. RÍOS CORBACHO, *El administrador de facto en el Derecho penal societario*, cit., p. 256.

[49](#)*Ibid.*, p. 261.

[50](#)E. MUSCO, *Diritto penale societario*, Milán, 1999, pp. 20 y 21. Ejemplifica el autor la legislación italiana (art. 2.333 párrafo 2º del Código Civil) que incluye al promotor y al socio fundador como administradores.

[51](#)C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XI)», en VV.AA., *Derecho penal. Parte Especial*, 4ª ed, Valencia, 2015, p. 493.

[52](#)M. M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, cit., pp. 46 y ss.; cfr. J. M. RÍOS CORBACHO, *El administrador de facto en el Derecho penal societario*, cit., pp. 170 y 171.

[53](#)L. RODRÍGUEZ RAMOS, «Los nuevos delitos pseudosocietarios», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Nº 1 Tercera Época, abril-mayo, Madrid, 1996, pp. 80 y 81; A. CASTRO MORENO. «El concepto penal de sociedad en los delitos societarios: el art. 297 del nuevo Código penal», en *Jueces para la democracia*, nº 31 (1998), pp. 51 y 52.

[54](#)F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 20ª ed., cit., p. 459.

[55](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Los delitos societarios», en B. DEL ROSAL BLASCO (ed.), *Estudios sobre el nuevo Código penal de 1995*, cit., p. 263; el mismo, *Empresa y Derecho penal*, cit., p. 269; J. M. RÍOS CORBACHO, *El administrador de facto en el Derecho penal societario*, cit., p. 187.

[56](#)C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XI)», en VV.AA., *Derecho penal. Parte Especial*, 4ª ed, cit., p. 493.

[57](#)J. M. RÍOS CORBACHO, «Delitos societarios», en J. M. TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Derecho penal económico. Parte especial* (Derecho penal económico), Tomo IV, 2ªed., cit., p. 149.

[58](#)J. M. RÍOS CORBACHO, *Memento penal de la Empresa*, cit., p. 86; el mismo, «Delitos societarios», en *Lecciones de Derecho penal. Derecho penal. Parte especial*, Tomo V, cit., p. 186.

[59](#)Ex becario del Instituto Max Planck y de la Fundación Alexander von Humboldt. Este trabajo forma parte del Proyecto de investigación en Derecho Penal Especial regentado por el autor y adscrito al Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas «Emiro Sandoval Huertas».

[60](#)Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Barcelona, Atelier, 6ª. ed., 2010, p. 589.

[61](#)Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel/ROSO CAÑADILLAS, Raquel: «La administración desleal societaria en el derecho penal español», *InDret* 3/2010, pp. 5 y ss., en: [#sdfootnote62anc" _mce_href="#sdfootnote62anc" name="sdfootnote62sym"62](#)En contra de esta modificación DOLZ LAGO, Manuel Jesús: «Aspectos sobre la reforma de los delitos de administración desleal de patrimonios ajenos privados y de apropiación indebida, tras la LO 1/2015», en *Revista Ministerio Fiscal* N.º 1, 2016, pp. 156-209; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte Especial*, Valencia, 5ª. edición, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 543 y ss.; CASTELLÓ NICÁS, Nuria: «Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma de 2015: ¿Compartimentos estancos?», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 19-02, 2017, pp. 1-29 (los cambios en pp. 16 y ss.).

[63](#)Véase, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *idem*, p. 535. Para la normativa germana, cfr. ESER, Albin *et al.*: *Schönke-Schröder. Strafgesetzbuch*, München, C. H. Beck, 29 ed., 2014, p. 2629, a cargo de WALTER PERRON, que consagra la figura de «Deslealtad» dentro de la Sección 22, destinada a «La Estafa y la Deslealtad»; KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans Ulrich (eds.) *et al.*: *Strafgesetzbuch*, t. II, Baden-Baden, 3ª. ed., Nomos Verlag, 2010, p. 1931, estudio a cargo de URS KINDHÄUSER; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: «Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal», en *ADPCP*, vol. XLIX, fasc. II, mayo a agosto 1996, tomo XLIX, p. 466, nota 129. Sobre los influjos en la normativa comunitaria del modelo alemán, véase FOFFANI, Luigi/NIETO MARTÍN, Adán: «Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo», en *Revista Penal*, No. 17, 2006, pp. 110-141 (113). Un estudio comparado sobre la materia entre Alemania y España, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.): *La administración desleal de los órganos societarios*, Barcelona, Atelier, 2008, pp. 17 y ss., con trabajos de BERND SCHÜNEMANN, GÜNTHER JAKOBS y el propio editor del texto.

[64](#)Cfr. [#sdfootnote65anc" _mce_href="#sdfootnote65anc" name="sdfootnote65sym"65](#)También, para el derecho español anterior a la reforma de 2015, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), MORALES PRATS, Fermín (Coord.) *et al.*: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed., Madrid, Aranzadi/Thomson Reuters, 2011, p. 922; ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.), MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli/VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coords.) *et al.*: *Derecho Penal Español, Parte Especial* (II), Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 742, aparte a cargo de Luis ROCA AGAPITO; LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, *Ob. cit.*, p. 4. No hay que hacer muchos esfuerzos para concluir que el castigo de este tipo de conductas es una muestra de la etización del derecho penal de los negocios (FOFFANI/NIETO MARTÍN, *Ob. cit.*, p. 114).

[66](#)Se parte de la construcción expuesta por VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Ediciones Andrés Morales-Universidad Sergio Arboleda, 2017, pp. 341 y ss.

[67](#)Como un «delito especial propio» y no impropio, porque no hay ningún delito común paralelo en el CP con el que mantenga la administración desleal una relación de especialidad, lo califican LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, *Ob. cit.*, p. 9; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Ob. cit.*, p. 458.

[68](#)Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Española*, tomo I, Madrid, Real Academia Española, vigésima segunda edición, 2001, p. 47.

[69](#)LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, *Ob. cit.*, p. 9; VIVES ANTÓN *et al.*, *Ob. cit.*, p. 486; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Ob. cit.*, pp. 459-460.

[70](#)*Diccionario*, t. II, p. 2081.

[71](#)Es la propia normativa comercial la que dispone --según el tipo de sociedad-- que la administración puede ser ejercida por los propios socios o por terceros ajenos a ellos en quienes se delegue esa potestad (véase arts. 310 C. de Co. para las sociedades colectivas y 326 para las sociedades en comandita, etc.).

[72](#)Así, ÁLVAREZ GARCÍA, *Ob. cit.*, p. 744; LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, *Ob. cit.*, pp. 9-10.

[73](#)Así, LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, *Idem*, p. 10; también, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Ob. cit.*, p. 464.

[74](#)*Diccionario*, t. II, p. 830.

[75](#)*Idem*, p. 889.

[76](#)*Ibidem*, p. 226.

[77](#)Pese a que el viejo texto español copiado por nuestro legislador es claro, QUERALT JIMÉNEZ (*Ob. cit.*, p. 590) pretende que sujeto pasivo «no es la propia sociedad en cuanto persona jurídica, sino sólo alguno de los sujetos que menciona el precepto»; incluso, llega a afirmar que no es afectada o agraviada: «su no mención (¡) la deslegitima, en principio, como posible denunciadora de los hechos, puesto que no tiene la condición de agraviada» ¡Algo, por supuesto, inadmisibile!

[78](#)Así, ÁLVAREZ GARCÍA, *Ob. cit.*, p. 744.

[79](#)Cfr. QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *Ob. cit.*, pp. 995-996.

[80](#)LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, *Ob. cit.*, p. 18.

[81](#)Así, ÁLVAREZ GARCÍA, *Ob. cit.*, p. 743.

[82](#)De esta opinión, LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, *Ob. cit.*, p. 6.

[83](#)Cfr. MUÑOZ CONDE, *Ob. cit.*, p. 494; SERRANO GÓMEZ, Alfonso/SERRANO MAÍLLO, Alfonso: *Derecho penal, Parte Especial*, Madrid, Ed. Dykinson, 10ª ed., 2005, p. 542.

[84](#)Así, LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, *Ob. cit.*, p. 7; ÁLVAREZ GARCÍA, *Ob. cit.*, p. 743.

[85](#)Como un tipo mixto alternativo o cumulativo, lo llaman LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, *Ob. cit.*, p. 10.

[86](#)Cfr. *Diccionario*, t. II, p. 1601.

[87](#)Por supuesto, como se dirá luego, no son descartables hipótesis de comisión por omisión. Véase, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico*, cit., p. 540, al referirse al antiguo art. 295; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Algunas cuestiones», pp. 29 y ss.

[88](#)No obstante, para CÓRDOBA RODA *et al.* *Ob. cit.*, 1117), este modelo «facilita la impunidad de bastantes conductas de deslealtad que, aun pudiendo ser de graves consecuencias, no pasan por ningún acto de disposición o de contracción de obligaciones».

[89](#)En ello lleva la razón QUERALT JIMÉNEZ, *Ob. cit.*, 591.

[90](#)Para QUERALT JIMÉNEZ, *Ob. cit.*, p. 591) no es correcto, desde el punto de vista sistemático, el empleo de la expresión «bienes», pues «el administrador de una sociedad no recibe cosa alguna, sino poder de disposición».

[91](#)Sobre ello, LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, *Ob. cit.*, p. 19.

[92](#)MUÑOZ CONDE, *Ob. cit.*, 495.

[93](#)Diccionario, t. I, p. 1087.

[94](#)CÓRDOBA RODA, Juan *et al.*: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 1120, aparte a cargo de Cugat Mauri; LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, *Ob. cit.*, p. 13.

[95](#)No obstante, para CÓRDOBA RODA, *et al.*, *Ob. cit.*, p. 1117, este modelo «facilita la impunidad de bastantes conductas de deslealtad que, aun pudiendo ser de graves consecuencias, no pasan por ningún acto de disposición o de contracción de obligaciones».

[96](#)BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: «Administración desleal y apropiación indebida», en *Revista Jurídica* 4, 2001, p. 127.

[97](#)ÁLVAREZ GARCÍA, *Ob. cit.*, p. 745.

[98](#)LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, *Ob. cit.*, p. 12.

[99](#)ÁLVAREZ GARCÍA, *Ob. cit.*, p. 746; aportan muy buenos ejemplos, FOFFANI/NIETO MARTÍN, (*Ob. cit.*, pp. 115 y ss.) para España e Italia y, desde luego, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Ob. cit.*, pp. 19 y ss., para Alemania.

[100](#)CÓRDOBA RODA, *et al.*, *Ob. cit.*, p. 1118-1119; LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, *Ob. cit.*, pp. 11 y ss., con algunos ejemplos dudosos que discuten; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Ob. cit.*, pp. 427-428.

[101](#)Sobre ello, LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, *Ob. cit.*, p. 19.

[102](#)Cfr. QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *Ob. cit.*, p. 995.

[103](#)*Idem*, p. 997; para QUERALT JIMÉNEZ, *Ob. cit.*, p. 594), en cambio, no se requiere que se cause un perjuicio directo para la sociedad.

[104](#)Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Ob. cit.*, p. 126.

[105](#)LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, *Ob. cit.*, p. 24.

[106](#)Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Ob. cit.*, p. 595.

[107](#)ÁLVAREZ GARCÍA, *Ob. cit.*, p. 748; LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, *Ob. cit.*, pp. 17-18.

[108](#)Véase LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, *idem*, p. 22.

[109](#)ROXIN, Claus: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed. Grundlagen, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*. München, C. H. Beck, 2006, pp. 372 y ss.; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Fundamentos*, pp. 364 y ss.

[110](#)Así, *ibidem*, p. 26.

[111](#)Cfr. *Ibidem*, p. 22 y 25.

[112](#)Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *ob. cit.*, 594.

[113](#)CÓRDOBA RODA *et al.*, *Ob. cit.*, p. 1120.

[114](#)Así LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, *Ob. cit.*, p. 24; de otra opinión: RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Ob. cit.*, p. 469.

[115](#)Así, QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *Ob. cit.*, 995; en contra, ÁLVAREZ GARCÍA, *Ob. cit.*, p. 748.

[116](#)Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Ob. cit.*, 595.

[117](#)Así LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, *Ob. cit.*, p. 25.

[118](#)Ya desde los inicios de la vigencia de esta disposición la doctrina hispana cuestionó dicha exigencia por entenderla «innecesaria y perturbadora, pues crea problemas de prueba» (RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Ob. cit.*, p. 469).

[119](#)ÁLVAREZ GARCÍA, *Ob. cit.*, p. 748.

[120](#)Cfr. CÓRDOBA RODA *et al.*, *Ob. cit.*, pp. 1121 y 1123.

[121](#)CÓRDOBA RODA *et al.*, *idem*, p. 1124.

[122](#)MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico*, *cit.*, p. 536: «una redacción que adolecía de graves defectos de técnica legislativa»; FARALDO CABANA, Patricia, *Los delitos societarios*, Valencia, 2ª. ed., Tirant lo Blanch, 2015, pp. 365 y ss.; CASTELLÓ NICÁS, Nuria: «Administración desleal», pp. 6 y ss.; GÁLVEZ JIMÉNEZ, «Reflexiones», pp. 6 y ss.

[123](#)F. J. FERNÁNDEZ RUIZ, «Algunas consideraciones sobre propiedad intelectual e industrial, Derecho de la competencia y Derecho mercantil», en J. L. Iglesias Prada (coord.), *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez I. Introducción y Títulos valor*. Madrid, Civitas, 1996, p. 737.

[124](#)Así, T. ASCARELLI, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona, Bosch, 1970, p. 265, o H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho industrial. Propiedad industrial, propiedad intelectual, Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal* (2ª ed.). Madrid, Civitas, 1993, p. 59.

[125](#)Vid. F. BONDÍA ROMÁN, *Propiedad intelectual: su significado en la sociedad de la información*. Madrid, Trivium, 1988, p. 29. El valor económico se genera también a partir del carácter repetible de la materialización de la creación en ejemplares, lo que permite que sea disfrutada simultáneamente por varias personas, y en la exclusiva otorgada para la realización de cada ejemplar. Vid. H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho industrial. Propiedad industrial, propiedad intelectual, Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, *cit.*, p. 569 y T. ASCARELLI, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, *cit.*, p. 266.

[126](#)Vid., por todos, F. BONDÍA ROMÁN, *Propiedad intelectual: su significado en la sociedad de la información*, *cit.*, p. 35.

[127](#)Vid. F. BONDÍA ROMÁN, *Propiedad intelectual: su significado en la sociedad de la información*, *cit.*, p. 39.

[128](#)A. BERCOVITZ, «La formación del Derecho de la competencia», *ADI*, Tomo II, 1975, Madrid, 1976, pp. 75 y 76.

[129](#)Vid. S. SCHUSTER VERGARA, «La importancia económica de los derechos conexos, ¿hacia el fin de la era de los soportes?», *I Congreso Iberoamericano de propiedad intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*. Ministerio de Cultura, Madrid, 1991, p. 357.

[130](#)Vid. E. MOGLEN, «Liberar la mente: el software libre y el fin de la cultura privativa», en *Copyleft. Manual de uso*. Madrid, Traficantes de sueños, 2006, pp. 195-196.

[131](#)Vid. L. LESSIG, *Por una cultura libre*. Madrid, Traficantes de sueños, 2005, p. 181.

[132](#)Vid., sobre esta expansión, L. LESSIG, *Por una cultura libre*, cit., pp. 147 y ss.

[133](#)Vid., L. LESSIG, *Por una cultura libre*, cit., pp. 86-87.

[134](#)Vid., en profundidad, J. M. RUIZ GARCÍA, «El arte de la piratería», *Archipiélago. Cuadernos de crítica de la cultura*, nº 55, Madrid, 2003, pp. 37-41.

[135](#)No debería obviarse la importancia que probar o consultar el producto tiene en el mercado como medio decisivo para la adquisición de un bien o servicio, más aún si se trata de un bien «no escaso», y a ello podría asimilarse, *lato sensu*, la toma de contacto con el producto a través de la *web* o red P2P.

[136](#)F. MIRÓ LLINARES, «Delitos contra bienes inmateriales, corrupción y receptación: análisis y consideraciones críticas ante la nueva reforma penal», en L. Morillas Cueva (dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 624-625.

[137](#)Así, P. FARALDO CABANA, *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 175; y L. PUENTE ABA, «El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios de los delitos contra la propiedad intelectual», *Revista penal. La Ley*. Nº 21, 2008, pp. 105-107.

[138](#)C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial* (5ª ed.). Valencia. Tirant lo Blanch, 2015, p. 197.

[139](#)J. G. FERNÁNDEZ TERUELO, *Ciberdelitos. Los delitos cometidos a través de Internet*. Constitutio criminales carolina, 2007, cit., p. 100; y L. PUENTE ABA, «El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios de los delitos contra la propiedad intelectual», cit., p. 105.

[140](#)Por todos, P. FARALDO CABANA, *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, cit., p. 175; y A. GALÁN MUÑOZ, «De los delitos relativos a la propiedad intelectual», en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 10ª ed. Navarra, Aranzadi, 2016, p. 772.

[141](#)No obstante, debe exigirse una relación estrecha o causal entre la actividad infractora de derechos y el beneficio buscado. Vid. A. GALÁN MUÑOZ, «De los delitos relativos a la propiedad intelectual», cit., pp. 777-778. No se produce, por ejemplo, con la simple comunicación pública de obras en cafés con la que se busca aumentar la clientela, siendo la conducta vulneradora de derechos de autor incidental a esta última.

[142](#)Esta conducta ya estaría abarcada por la cláusula de cierre del tipo básico del art. 270.1 CP, incorporada en 2015, que castiga al que «*de cualquier otro modo explote económicamente*» una obra o prestación. De hecho, el motivo de esta incorporación puede que residiera en dar cobertura penal a estos casos de *webs* de enlaces, que pasan a estar específicamente castigadas en el apartado 2. El apartado 1 ha de abarcar otras conductas de explotación, que no se sabe si estaban en mente del legislador. Por ejemplo, la «transformación» de una obra, el doblaje, el subtítulo o la técnica videográfica.

[143](#)Por todos, C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa*, cit., p. 198; y J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Protección penal de la propiedad intelectual e industrial frente a ataques informáticos», en el mismo, *Empresa y Derecho Penal*. Buenos Aires, Ad-hoc, 2001, p. 252.

[144](#)C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, «Novedades legislativas en la lucha contra la piratería», *Act. Civ.* 4, abril 2015, p. 60; R. M. MATA Y MARTÍN, «Artículo 270», M. Gómez Tomillo, (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo III. Delitos contra el patrimonio y socioeconómicos. Artículos 234-318 bis*, Navarra, Aranzadi, 2015, p. 392; y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 y 271 CP)» en J. L. González Cussac (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015* (2ª ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 853-854; F. MIRÓ LLINARES, «Delitos contra bienes inmateriales, corrupción y receptación: análisis y consideraciones críticas ante la nueva reforma penal», cit., p. 620, se refiere al argumento de que no tendría sentido tutelar a los productores de obras y no a los de estas prestaciones cuando ambos sujetos realizan con respecto a ambos objetos el mismo trabajo y tienen los mismos intereses patrimoniales reconocidos en la LPI.

[145](#)Vid. A. GALÁN MUÑOZ, «De los delitos relativos a la propiedad intelectual», cit., pp. 770-771; y F. MIRÓ LLINARES, «Delitos contra bienes inmateriales, corrupción y receptación: análisis y consideraciones críticas ante la nueva reforma penal», cit., pp. 620-624.

[146](#)Así, P. RANDO CASERMEIRO, «Lesividad y propiedad intelectual. La piratería de música como ejemplo de medición», en A. Nieto Martín, A. / M. Muñoz de Morales Romero, M. / J. Becerra Muñoz, *Hacia una evolución racional de las leyes penales*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 342-343.

[147](#)Vid., por todos, M MARTÍNEZ ESCAMILLA, «Distribución al por menor ("top manta") en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial», en I. Ortiz de Ubina Gimeno I. (coord.), *Memento Experto. Reforma penal de 2010. Ley Orgánica 5/2010*. Madrid, Francis Lefebvre, 2010, p. 257.

[148](#)Vid. A. GALÁN MUÑOZ, «De los delitos relativos a la propiedad intelectual», cit., pp. 778. En la actualidad, el tipo atenuado del apartado 1 prevé la pena de prisión de 6 meses a 2 años, y el del apartado 2 la de multa de 1 a 6 meses o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 60 días. Antes de 2015, la falta del art. 623.5 CP sancionaba con la pena de localización permanente de 4 a 12 días o multa de 1 a 2 meses.

[149](#)C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa*, cit., p. 206.

[150](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Cuatro décadas de Política Criminal en materia socioeconómica», en DEMETRIO (Dir.), *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, Madrid, Edisofer, 2014, p. 74.

[151](#)En España la cantidad de casos de corrupción pública y privada que han salido a la luz en los últimos años son realmente escandalosos: Caso Gürtel, Caso Púnica, Caso Lezo, Caso Brugal, Acuamed, Adif, los ERES de Andalucía, Bankia, caso tarjetas black, etc. etc. Al lado, operaciones contra la criminalidad organizada como el Caso Emperador de blanqueo de capitales, sin contar con los primeros grandes casos como Operación Ballena Blanca y Operación Malaya, estas últimas en Marbella. Es bueno recordarlo.

[152](#)Sobre la falta de armonización en Europa acerca de la noción de paraíso fiscal, la ineficacia para combatir la elusión fiscal internacional, especialmente del impuesto que grava las sociedades, cuya recaudación es más baja que hace cincuenta años, Vid. M. S. VELARDE ARAMAYO, «La noción jurídica de "paraíso fiscal" y la cuestionable consistencia de la lucha contra la evasión internacional», en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (Dir.), *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a los Estados democráticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 707 y ss.

[153](#)Vid. OBERMAIER / OBERMAYER, *Los papeles de Panamá. El club mundial de los evasores de impuestos*, Castellón, Titivillus, 2016, pp. 21 y 22.

[154](#)En 2015 Mossack-Fonseca tiene cerca de 50 despachos repartidos por más de 30 países. Unas 30 son filiales y el resto «despachos asociados» (similar a una franquicia). Vid. OBERMAIER / OBERMAYER, *Los papeles de Panamá*, *ob. cit.*, p. 197.

[155](#)Como sostienen OBERMAIER / OBERMAYER, *Los papeles de Panamá*, *ob. cit.*, p. 338, «cuando una red de empresas pantalla se extiende por 5, 10, 30 paraísos fiscales, las autoridades se enfrentan a una misión casi imposible de demostrarlo jurídicamente mediante una cadena de pruebas».

[156](#)En el caso del despacho Mossack-Fonseca, uno de los dueños, el Sr. Ramón Fonseca Mora ha sido ministro consejero de la Presidencia de Panamá y presidente del oficialista Partido Panameñista que gobierna, con lo cual parece evidente su capacidad de influencia en las leyes que se dictan en el país y, en todo caso, de poder sortear una persecución penal.

[157](#)Puede dar luces el hecho de que este despacho, de puertas para afuera opera con conceptos como «cumplimiento legal», «diligencia debida», departamento de estudios de «clientes éticamente-problemáticos» (auténticos delincuentes), pero por dentro (gracias a la filtración de documentos última) se sabe que asesoraba a los corruptos, evasores, traficantes, terroristas, delincuentes de medio mundo. Se trata, entonces, de una persona jurídica que formalmente cumple las leyes, pero materialmente asesora para violarlas, por supuesto, con una serie de construcciones jurídicas que impiden observar las ilegalidades. Son actividades ilícitas encubiertas dentro de actividades legales.

[158](#)Cfr. más ampliamente L. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema del Derecho penal. Contribución al estudio del injusto de organización*, Granada, Comares 2009, pp. 90-91.

[159](#)Cfr. Parlamento Europeo, *Working document on organized crime, Special committee on organized crime, corruption and Money laundering*, Relator Salvatore Iacolino, DT/913961, 2009-2014, p. 3.

[160](#)E. SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, Madrid, La Piqueta, 1999, pp. 261-264.

[161](#)E. Sutherland, *El delito de cuello blanco*, *cit.*, p. 88.

[162](#)*Ob. ult., cit.*, p. 87.

[163](#)*Ob. ult., cit.*, p. 89. Los subrayados son del autor.

[164](#)A. Baratta, «Criminología crítica y política penal alternativa», en *RIDP*, N° 1, 1978, p. 46.

[165](#)G. QUINTERO OLIVARES, «Economía e instrumentos represivos», en *Papers, Revista de Sociología*, N° 13, 1980, p. 197.

[166](#)GEIS, GILBERT: «El delito de cuello blanco como concepto analítico e ideológico», en BUENO ARÚS/ KURY/ RODRÍGUEZ RAMOS/ ZAFFRONI (Dirs.): *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al Prof. A. Serrano Gómez*, Madrid, Dickinson, 2006, p. 320.

[167](#)R. BALL, «El enfoque de la teoría general de sistemas aplicado a los delitos organizacionales de cuello blanco», en BUENO ARÚS/ KURY/ RODRÍGUEZ RAMOS/ ZAFFRONI (Dirs.): *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al Prof. A. Serrano Gómez*, Madrid, Dickinson, 2006, p. 122.

[168](#)R. BALL, «El enfoque de la teoría general de sistemas aplicado a los delitos organizacionales de cuello blanco», *cit.*, p. 123.

[169](#)Ibidem.

[170](#)G. LAKOFF, *Puntos de reflexión. Manual del progresista*, Barcelona, Península, 2008, p. 56.

[171](#)G. LAKOFF, *Puntos de reflexión. Manual del progresista*, *cit.*, p. 74.

[172](#)KRUGMAN, «Dinero y moralidad», en Suplemento Económico de *El País*, domingo 12 de febrero de 2012, p. 21. Este Premio Nobel nos ilustra como «Murray y otros conservadores tienden a dar por sentado que el declive de la familia tradicional tiene repercusiones terribles para la sociedad en su conjunto». Esta visión del problema esconde qué está sucediendo con la familia de la clase trabajadora que ha visto reducida drásticamente sus oportunidades de empleo y sueldo en los últimos años. Se estima que el salario de los trabajadores con bajo nivel de estudios ha caído un 23% desde 1973 en los Estados Unidos.

[173](#)C. Martínez-Buján, «Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del "big crunch" y la selección de bienes jurídico-penales», en Mir Puig / Corcoy Bidasolo (Dir.), *La Política Criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004, p. 100. En efecto, aún hoy todavía algunos de los operadores jurídicos no son capaces de asociar delincuencia con otro tipo de personas que no sean los marginales de la sociedad.

[174](#)El día 7 de noviembre de 2017, el Inspector Jefe de la UDEF, Sr. Morocho, compareció ante la Comisión Parlamentaria que investiga la financiación ilegal del Partido Popular y sostuvo que la trama del caso Gürtel «respondía al perfil de una organización delictiva» y que el Sr. Rajoy habría cobrado «indiciariamente» de la Caja B del Partido. Afirmaciones sumamente graves que han pasado desapercibidas por la prensa mayoritaria. Cfr. <https://www.elindependiente.com/politica/2017/11/07/inspector-udef-caja-b/>

[175](#)GÓMEZ RIVERO, M. C., *El fraude de subvenciones*, 2ª ed. Valencia, 2005, pp. 134 y ss.

[176](#)De modo contundente véase por todos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, Parte Especial*. 5ª ed., Valencia, 2015, p. 704, para quien el cotejo de ambas sanciones «echa por tierra de *lege lata* la tesis pluriofensiva» y «atestigua bien a las claras que el art. 308 no exige ni explícita ni implícitamente un daño patrimonial de las características que se exigen para el delito de estafa».

[177](#)A esta conclusión llegan incluso los autores que niegan la autonomía de la lesión patrimonial en el delito de fraude de subvenciones. Es el caso de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., a partir de la contemplación del bien jurídico protegido en el art. 308 CP como expresión del adelantamiento de las barreras de protección del bien jurídico patrimonio público, *Derecho penal económico y de la empresa, op. cit.*, pp. 679 y ss.

[178](#)*El fraude de subvenciones, op. cit.*, p. 295, donde puede encontrarse una exposición de la situación hasta el año 2005. Con posterioridad, véase por ejemplo en el sentido de considerar de aplicación preferente del fraude de subvenciones en virtud del principio de especialidad, PEREÑA PINEDO, I., *Manual de delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, 2008, pp. 553 y ss.

[179](#)En este sentido, ya en «Delitos contra la Hacienda Pública», en *Comentarios a la legislación penal*, t. VII, Madrid, 1986, p. 352, desarrollando posteriormente su postura en la *Parte Especial* de su obra *Derecho Penal económico, op. cit.*, pp. 780 y ss.

[180](#)DELGADO GIL, A, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E/DELGADO GIL, A, Los «delitos contra la Hacienda Pública» relativos al gasto: los «fraudes de subvenciones» del art. 308 del Código penal, en *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública (Octavio de Toledo, Dir.)* Valencia, 2010, p. 242.

[181](#)*Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial. Volumen II*, pp. 332 y ss. Ya antes desarrolla de forma amplia la idea en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A, «El fraude de subvenciones en la UE y en el CP», en *Derecho penal económico*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 288 y ss. Aun reconociendo que la solución teóricamente acertada sería configurar el tipo de fraude de subvenciones como de aplicación preferente a la estafa, considera que tal relación no puede mantenerse en nuestro Derecho a la vista de las penas reservadas para uno y otro delito, lo que le lleva a sostener la aplicación preferente del delito de estafa con independencia de la cuantía de la subvención, siempre, lógicamente, que concurren sus requisitos. En concreto, partiendo de que el bien jurídico protegido en el art. 308 CP es el cumplimiento de las condiciones del programa de la subvención, entiende que será de aplicación en distintos supuestos. El primero, en relación con la modalidad de su apartado 1, cuando tenga lugar un incumplimiento de los requisitos o condiciones que regulan la concesión de la subvención, pese a que se cumplan sus fines. El segundo, también en relación con la misma modalidad del art. 308, cuando pese a frustrarse el fin de la subvención no concurren los elementos del delito de estafa. El tercero tendría lugar en el marco de la modalidad del art. 308.2, comprendiendo los casos en que, si bien se cumple el fin de la subvención, tiene lugar de forma diversa a lo previsto en el programa normativo. En el resto de los casos sería de aplicación el delito de estafa o incluso el de apropiación indebida.

[182](#)Siempre que se entendiera que en tales casos no resulta de aplicación el tipo de estafa, una premisa no siempre admitida. Véase en la nota anterior el razonamiento de ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A.

[183](#)MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*, op. cit., p. 737.

[184](#)*Ibidem*, p. 788.

[185](#)Precisamente desde la conciencia de la injustificada disparidad de resultados a que conduce la propuesta se explica que algunos de sus defensores se hayan esforzado por intentar argumentar que en los casos de malversación de la subvención sería aplicable el delito de apropiación indebida. Es el caso de ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A, *Ibidem*.

[186](#)ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A: «Ciertamente, estos supuestos habrían de sancionarse con una penalidad mayor a los anteriores, pero en el marco de la regulación actual, el mayor merecimiento de pena sólo puede tenerse en cuenta en el momento de la determinación de la pena», «El fraude de subvenciones en la UE y en el CP», op. cit. pp. 288 y ss.

[187](#)Sólo aisladamente se reconoce dicho concurso. Es el caso de ARROYO ZAPATERO, L /NIETO MARTÍN, A, «El fraude de subvenciones en la UE y en el CP», op. cit., pp. 288 ss: «En aquellos casos en que se produzca el perjuicio patrimonial (frustración del fin) y además se lesionen, en subvenciones mayores a 10.000.000, otros aspectos del programa normativo de la subvención será de aplicación un concurso ideal de delitos».

[188](#)Véase en este sentido la STS de 11 de marzo de 2015 (RJ 2015/2588). Aun sin argumentar explícitamente sobre la concurrencia del art. 308 CP con la estafa, aplicó aquél delito a un caso de obtención de subvenciones por valor superior a cuatro millones ochocientos mil euros, falseando y ocultando el autor las condiciones requeridas para la concesión.

[189](#)El fallo no aplicó el delito de fraude de subvenciones al considerar que se trataba de un delito especial, sin que en el caso sometido a enjuiciamiento concurriera en el sujeto enjuiciado la cualidad requerida en el tipo, por lo que le condenó por un delito de estafa.

[190](#)Recordemos que el supuesto de hecho se refería a una madre que falseó su lugar de residencia para tener acceso a una beca de transporte escolar y comedor para su hijo. El importe de la ayuda económica obtenida de este modo ascendió a 1.037.224 pesetas, muy por debajo de los diez millones de pesetas requeridos entonces por el art. 308 para aplicar el fraude de subvenciones.

[191](#) Puede citarse en la doctrina de las Audiencias la SAP de Islas Baleares de 19 de marzo de 2012 (ARP 2012\278), Caso Palma Arena. Se planteaba si procedía aplicar el delito de estafa al caso enjuiciado, en el que el fraude en la obtención de la ayuda no superaba la cuantía exigida en el art. 308 CP: «No desconoce la Sala que el precedente criterio es cuestionado por un sector doctrinal al considerar que el delito de fraude no es ley principal frente al delito de estafa. Mas la jurisprudencia absolutamente mayoritaria así lo entiende, y a ella debe acompañarse esta Sala. Habrá de ser pues en la vía administrativa sancionadora, y en su caso, por a través del procedimiento de reintegro, donde se dilucide la cuestión».

[192](#) Salvo que se forzaran los límites de la estafa o apropiación indebida, tal como, según tuvimos ocasión de señalar, proponen algunos autores para salvar tal objeción pese a ser conscientes de lo forzado de la solución. Véase en nota 23 ARROYO ZAPATERO, L/NIETO MARTÍN, A.

[193](#) Refiriéndose expresamente a mi postura, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*, op. cit., p. 782.

[194](#) En este sentido vimos que se expresaba la STS de 28 de noviembre de 2013.

[195](#) Texto elaborado para el Libro Homenaje al Prof. Dr. Juan María Terradillos Basoco. Tuve el honor de que Juan prologara mi monografía «*Régimen penal tributario y previsional. Ley 24769 modificada por Ley 26735. Comentada. Anotada*» (ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2012) y, sin perjuicio de que lo aclaro al inicio del trabajo, la aparición de una nueva discusión posterior en esa materia a partir de la modificación del art. 59 inc. 6 del CPA, me pareció un tema vinculado oportuno para esta muy merecida obra de homenaje organizada por el círculo de sus discípulos más cercanos. Por cierto, la inicial cita suya está tomada de dicho «Prólogo».

[196](#) Así, en su trabajo titulado «Concepto y método del Derecho Penal Económico», en Arroyo Zapatero-Lascano-Nieto Martín (dirs.), *Derecho Penal de la Empresa*, EDIAR, Buenos Aires., 2012, p. 97.

[197](#) Cf. su trabajo «Lección 1. Delitos contra el orden socioeconómico», pub. en J. M. Terradillos Basoco (coord.), *Lecciones y material para el estudio del Derecho Penal, Tomo IV Derecho Penal. Parte Especial* (Derecho Penal Económico), Iustel, Madrid, 2º edición, 2016, p. 19.

[198](#) La significación del delito fiscal como una parte medular de la economía «subterránea» del país no es un patrimonio singularmente argentino, sino que se trata de un rasgo reproducido a escala global. En el caso español, un reciente trabajo de Armando Fernández Steinko indica que el volumen de activos ilícitos generados con delitos fiscales penalmente incriminables es una fracción del delito fiscal en general y de la llamada economía sumergida, agregando que «*ésta última está cifrada para España entre el 16% y el 23% del PBI según los estudios y la metodología empleada. Si tomamos como referencia los cálculos de Peláez Martos el importe total de las cuotas no ingresadas en España asciende anualmente a un mínimo de euros 70.000 millones que, para una presión fiscal media del 33%, equivalen a una base imponible de unos euros 210.000 millones: algo más del 20% del PBI*» (en «Estructura y dimensiones de la economía ilícita española», en *Revista de Derecho Penal. Derecho Penal Económico*, dirigida por E. A. Donna, Ed. Rubinzal-Culzoni, Tomo 2016-1 «Delitos contra el orden económico y financiero (Título XIII del Código Penal)-III», Buenos Aires/Santa Fe, p. 13).

[199](#) Contrasta con la STC español 76/1990, de 26 de abril, que dijo: «*la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a la Administración tributaria*» (conforme recuerda María Luisa González-Cuéllar Serrano, «La distribución de competencias entre la administración tributaria y la jurisdicción penal en la lucha contra la delincuencia fiscal», en Eduardo Demetrio Crespo-Nicolás González-Cuéllar Serrano (dirs.), *Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica*, Ediciones Jurídica Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 350, nota al pie N° 2).

[200](#) A tal efecto derivó al interesado a la monografía prologada por el homenajeado que ya

individualicé.

[201](#)BO del 18/6/2015.

[202](#)Me he ocupado de analizar los primeros fallos conocidos tanto en el ámbito bonaerense como federal en los trabajos «La reparación integral del perjuicio (art. 59 inc. 6, CP): ¿alcanza a los delitos tributarios en la provincia de Buenos Aires?», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, dirigida por E. R. Zaffaroni, ed. La Ley, Buenos Aires, Año VI, N° 05, junio 2016, pp. 50/59; y «La extinción de la acción penal por conciliación o reparación integral del perjuicio (art. 59, inc. 6°, Cód. Penal)», en la *Revista El Derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, dirigida C. A. Mahiques, edit. El Derecho, N° 10, octubre de 2016, sección «Doctrina», pp. 5/22.

[203](#)Sobre el particular me expedí en artículo de doctrina específico que se individualizó en nota al pie, al que naturalmente remito para evitar reiteraciones.

[204](#)BO del 28/12/2011.

[205](#)Esta circunstancia provocó que la hacienda pública «no federal» estuviera incluida entre 1990 y 1997, no lo estuviera entre 1997 y 2011 y volviera a estarlo desde 2011, mostrando en forma palmaria otro comportamiento errático de nuestro legislador nacional no reparable por el provincial (porque por lo ya explicado en el texto principal, la legislación fondal queda fuera de ámbito de competencia: así, si el federal no incluye dentro de la tipicidad a la hacienda pública provincial).

[206](#)Además de la referida obra «Régimen penal...», vale la remisión a la colaboración en RIQUERT, M., «Ley 24769: régimen penal tributario y provisional», en Barquin, D. y Zaffaroni, R., *Código penal y leyes complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2013, Tomo 13; o el artículo «El régimen penal tributario y las haciendas públicas provinciales», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, dirigida por Eugenio Raúl Zaffaroni, ed. La Ley, Buenos Aires, Año II, N° 2, diciembre de 2012, pp. 185/196.

[207](#)Se trata de una resolución de los jueces Riusech, Ocampo y Argüero, fechada el 11 de marzo de 2016, recaída en causa N° 25568 «L., N. s/extinción de la acción infracción Ley 24769» (Reg. 90/2016), procedente del Juzgado de Garantías N° 1 del mismo departamento judicial (a cargo del juez Guillermo F. Atencio).

[208](#)Se trata de una resolución del 12/7/17 del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 1 de San Isidro, Secretaría N° 3, «Incidente de excepción de falta de acción» en causa N° FSM 33000537/2012. Agradezco su remisión a Juan P. Fridemberg.

[209](#)Sobre la implicancias de esta ley en lo aduanero y tributario se ha extendido Hernán H. Re, en su trabajo titulado «La ley 27260 y sus implicancias en los delitos aduaneros y tributarios», en *Revista de Derecho Penal. Derecho Penal Económico*, dirigida por E. A. Donna, Ed. Rubinzal-Culzoni, Tomo 2016-2 «Delitos contra el orden económico y financiero (Título XIII del Código Penal)-IV», Buenos Aires/Santa Fe, pp. 235 y ss. En su conclusión, señala que «...se debe tener especial atención en la aplicación de estos institutos liberatorios, los cuales se enmarcan en necesidades económicas del país cuya respuesta se traduce en una política tributaria de corte netamente recaudatorio. Dichas prácticas legislativas necesariamente tienen una relevancia directa en el Derecho Penal Económico, y generan un verdadero debate en el campo hermenéutico al que, sin más, deberemos armonizar con convivencia de dichas normas, a la luz de la tutela efectiva del derecho al debido proceso adjetivo» (p. 243).

[210](#)Cf. Orden del Día N° 2019 de las Sesiones Ordinarias 2015, H. Cámara de Diputados de la Nación, impreso el 8 de junio de 2015, pp. 1/2.

[211](#)Ibídem, p. 4.

[212](#)Expediente S-1152/15, presentado por el senador Urtubey y otros.

[213](#)Me refiero a «La extinción de la acción penal...», en *El Derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, en particular, las conclusiones se exponen en pp. 21/22.

[214](#)CSJN, «Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus», 03/05/2005.

[215](#)Así, en su *Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia*, BdeF, Buenos Aires/Montevideo, 4° edición, 2017, p. 397.

[216](#)Entre otros, puede consultarse su trabajo titulado «Fin y justificación de las penas y las medidas de seguridad», en *AAVV Determinación judicial de la pena*, prologado por Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, pp. 15 y ss.

[217](#)Al interesado en la exposición de todo el aparato conceptual que sostiene el aserto (normas, doctrina y jurisprudencia) remito a lo expuesto en las obras personales individualizadas sobre el art. 16 de la Ley 24769 y a la primera edición de *Cuestiones de Derecho Penal y Procesal Penal Tributario* (prologado por la Dra. Susana Camila Navarrine (UBA), EDIAR, Buenos Aires, 1999) con relación al art. 14 de la Ley 23771.

[218](#)Así, en su trabajo Lección 7. Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, en MARÍA ACALE SÁNCHEZ y GLORIA GONZÁLEZ AGUDELO, *Lecciones y material para el estudio del Derecho Penal, Tomo IV Derecho Penal. Parte Especial (Derecho Penal Económico)*, Iustel, Madrid, 2° edición, 2016, p. 213.

[219](#)El detalle de esto puede consultarse en los trabajos personales ya individualizados en nota al pié.

[220](#)Se trata de la Agencia Recaudadora de Buenos Aires.

[221](#)Cf. la presentación del MPF de la primera instancia, la pericia contable había demostrado que la empresa contó con fondos suficientes en el momento en que se produjeron los vencimientos de obligación de depósito infringidos.

[222](#)Lo investigado en el legajo ya individualizado era una presunta evasión tributaria simple con relación al Impuesto al Valor Agregado, atribuido en grado de coautoría a los procesados «B» y «C», respecto de quienes se había solicitado la elevación de la causa a juicio. Ante ello, la defensa interpuso excepción de falta de acción por extinción de la acción penal en virtud de la reparación integral del perjuicio en términos del art. 59 inc. 6° del CP y, subsidiariamente, en razón de la cancelación total de la deuda conforme el régimen establecido en la Ley 27260.

[223](#)Considerando VII de la resolución comentada.

[224](#)Trabajo ya individualizado, punto 6.

[225](#)Se evita la reiteración de la argumentación detallada cotejando el supuesto de hecho con cada una de las alternativas normativas mencionadas, ya explicitada en el trabajo personal individualizada antes.

[226](#)Así lo explicaba Guillermo J. Fierro, en su comentario efectuado en Baigún-Zaffaroni (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, cit., p. 100, con cita a Grispigni, para quien también se denominaba «norma de segundo grado». Gustavo E. Aboso también alude a la «clara función integradora» de la disposición (en su *Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia*, ed. BdF, Buenos Aires/Montevideo, 2° edición, 2012, p. 21). Ccte.: Juan M. Culotta, en su comentario en ANDRÉS J. D'ALESSIO (dir.), *Código Penal comentado y anotado*, ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, Tomo 1 «Parte General. Artículos 1 a 78bis», p. 39.

Jorge de la Rúa, por su lado, resaltaba su función «supletoria», es decir, la de salvar las omisiones o lagunas de la ley especial o de la ley provincial --por ej., en materia de faltas o contravenciones-- (en su *Código Penal Argentino. Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 2º edición, 1997, pp. 82/83).

[227](#)CSJN, 6/10/48, en Fallos, 212:64, cf. cita Jorge de la Rúa, *ob. cit.*, p. 87, nota al pie 54.

[228](#)Dato adicional que no puede soslayarse, sin perjuicio de mi opinión reiteradamente contraria, es que la decisión político-criminal de privilegiar el sistema de la ley 24769 --apartándola de soluciones alternativas previstas en la ley fonal general--, llevó a que en la ley 26735 reformara el último párrafo del art. 76bis del CP, excluyéndola de la suspensión del juicio a prueba.

[229](#)En su trabajo «La reparación integral del perjuicio como causa de extinción de las acciones penales», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, dirigida por E. R. Zaffaroni, edit. La Ley, Buenos Aires, Año VI, N° 6, julio de 2016, p. 121.

[230](#)En su trabajo «Reglas de disponibilidad y criterios de oportunidad en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación Argentina», en Gustavo A. Arocena-José D. Cesano (dirs.), *Desafíos del sistema en tiempos de globalización. Libro homenaje al Prof. Dr. Fabián I. Balcarce*, Lerner editora, Córdoba, 2017, p. 185.

[231](#)Cf. su trabajo «La reforma penal (ley 27147) y procesal penal (ley 27063). El régimen de la acción y la política de persecución penal», en *Revista de Derecho Procesal Penal*, dirigida por E. A. Donna, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires/Sta.Fe, Tomo 2015-2 «El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Ley 27063-II», p. 63.

[232](#)*Ob. cit.*, p. 68, nota al pie N° 8.

[233](#)Ver su obra *El delito fiscal*, Colex, Madrid, 1996, p. 23.

[234](#)Así, en nuestra obra *Cuestiones de derecho penal y procesal penal tributario*, Ediar, Buenos Aires, 1º edición, 1999, p. 72.

[235](#)El estudio de este problema ha sido abordado con profundidad y rigor por A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA en «*Las excusas absolutorias en derecho español*», Valencia 2014, pp. 137 y ss.

[236](#)La Reforma del CP operada para la LO 7/2012 incluye en el art. 305.1, tras la descripción de la conducta típica, una salvaguardia legal «... salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo».

[237](#)Vid. en este sentido A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «*Las excusas ...*» *op. cit.*, pp. 152 y ss.

[238](#)La Reforma del Código Penal operada por LO 7/2012 trae causa del RD 12/2012, de 30 de marzo, por el que se impulsó una regularización tributaria excepcional, que algunos quisieron denominar erróneamente amnistía fiscal. El referido Real Decreto pretendió garantizar la exención de responsabilidad penal a los contribuyentes regularizados (lógicamente también se garantizaba la exención de responsabilidad administrativo-tributaria, en especial de recargos y sanciones para el contribuyente acogido a la normativa excepcional). Para garantizar lo anterior se modificó el art. 180.2 de la LGT.

[239](#)A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA «*Las excusas ...*» *op. cit.* pp. 158 y ss. y pp. 174 y ss.

[240](#)En este sentido A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA «*Las excusas...*» p. 163; B. DEL ROSAL BLASCO «Delitos fiscal y Blanqueo de capitales: perspectivas ante la nueva reforma del tipo básico del delito fiscal» en *La Ley*, Núm. 7.997, 2013; C. MARTÍNEZ-LUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte Especial*, 4ªed., Valencia, 2013, pp. 691 y ss.

[241](#)A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «Las excusas...», pp. 161-162.

[242](#)Vid por todos A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «Las excusas...», pp. 173 y ss.

[243](#)A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «Las excusas...», pp. 174 y ss.

[244](#)G. QUINTERO OLIVARES, «El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 698, 2006, pp. 1 y ss.

[245](#)A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «Las excusas...», *op. cit.*, pp. 192 y ss.

[246](#)Cfr. ESPEJO POYATO, I., *Administración tributaria y jurisdicción penal en el delito fiscal*, Madrid, 2013, pp. 125 y ss.

[247](#)Cfr. SANZ DÍAZ-PALACIOS, J., *Derecho a no autoinculparse y delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, 2004, p. 49.

[248](#)Cfr. ESPEJO POYATO, I., *Administración tributaria...*, *op. cit.*, p. 132.

[249](#)Cfr. ESPEJO POYATO, I., *Administración tributaria...*, *op. cit.*, p. 127.

[250](#)Cfr. ESPEJO POYATO, I., *Administración tributaria...*, *op. cit.*, p. 34.

[251](#)Como advierte la doctrina, la «teoría de la mutación» no nació de una espontánea decisión jurisprudencial, sino que fue instada por la Administración tributaria, el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado en una especie de exaltación pragmático-recaudadora que consolidó un auténtico despropósito jurídico. Cfr. ESPEJO POYATO, I., *Administración tributaria...*, *op. cit.*, p. 34.

[252](#)Cfr. MARTÍN QUERALT J. Y GARCÍA MORENO, A., «Código Penal y Ley General Tributaria», en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho* nº 34, febrero 2013, p. 13.

[253](#)Cfr. ESCOBAR LASALA, J. J., «Las nuevas liquidaciones vinculadas a delito fiscal: especialidades de la deuda aduanera», *Carta Tributaria* 10, 2016, pp. 17 y ss.

[254](#)Cfr. BOIX REIG, J Y GRIMA LIZANDRA, V., «Código Penal y Ley General Tributaria» en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho* nº 34, febrero 2013, p. 18.

[255](#)Cfr. MARTÍN QUERALT, J. B., «Una mirada a la irrecurribilidad en vía administrativa de la liquidación vinculada a delito», *Carta Tributaria* 11/2006, p. 21.

[256](#)Cfr. SANZ DÍAZ PALACIOS, J., *Derecho a no autoinculparse...*, *op. cit.* p. 75.

[257](#)Cfr. BERDUGO, I. Y FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Todo sobre el fraude tributario*, Barcelona, 1994, p. 105; Sánchez Ostiz Gutiérrez, P., *El delito contable tributario*, Pamplona, 1995, pp. 634 y ss.

[258](#)Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J., *Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social (art. 307 ter)*, en AAVV (ÁLVAREZ GARCÍA coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, 2013, p. 861.

[259](#)Así lo entendió en su momento parte de la doctrina. Cfr. al respecto ESPEJO POYATO, I., *Administración tributaria...*, *op. cit.*, pp. 245 y ss.

[260](#)Cfr. MORALES PRATS, F., «De los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed. Barcelona, 2016, p. 1095.

[261](#) Sin embargo, si en el proceso penal se llegara a la prescripción del delito, se presentan dudas acerca de una paralización sin límites de la prescripción en sede tributaria, si la Administración se mantiene inactiva durante largos años sin preocuparse por reiniciar sus actuaciones sancionadoras. Este ha sido el objeto de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 339/2017, de 28 de febrero (*Tol 5978271*), Ponente Montero Fernández) que establece que la paralización de la prescripción tributaria prevista en la norma aquí comentada puede verse exceptuada si la Administración no impulsa el propio proceso penal, generándose una prescripción doble (penal y tributaria). Cfr. el análisis de esa Sentencia por GARCÍA MORENO, V., «La incidencia de la prescripción penal en la prescripción tributaria», *Carta Tributaria*, nº 27/2017, pp. 55 y ss.

ÍNDICE:

I. ESTUDIOS DE PARTE GENERAL

1. La investigación en Derecho penal

Investigar en derecho penal: las enseñanzas de un Maestro

Esther Hava García

Hacia una dogmática jurídico penal como sistema abierto

María José Rodríguez Mesa

Contexto, interdisciplinariedad y dogmática penal

Diana Patricia Arias Holguín

La implantación de los estudios oficiales de criminología en España

José Luis Díez-Ripollés

Derecho Penal y Psiquiatría. De cómo una psiquiatra se aventuró por el mundo penal y criminológico siguiendo al Prof. Terradillos

Julia Cano Valero

Diversidad cultural y Derecho penal

Guillermo Portilla Contreras

Reformas penales y gobernar a través del delito: el caso peruano

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Bienes jurídicos, valores y derechos: satisfacción de necesidades y lucha por el reconocimiento

Mercedes Alonso Álamo

Derecho penal y utopía garantista: una visión latinoamericana

Juan Oberto Sotomayor Acosta

Notas básicas sobre la autoría a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP español): Autoría y significado específico del hecho

Carlos Martínez-Buján Pérez

Sobre la interpretación en Derecho Penal

Iván Meini

2. Evolución histórica de la Ciencia del Derecho penal

Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura

Francisco Muñoz Conde

Metamorfosis del Derecho penal del Estado de Derecho

Eduardo Demetrio Crespo

La Ilustración hispana frente al encierro punitivo: la obra de Lardizábal en su discípulo Joseph

Marcos Gutiérrez

Alejandro W. Slokar

1917: La Constitución del Estado social y democrático de derecho en México

Luis Arroyo Zapatero

3. Constitución y ley penal: la imposible convergencia

Exigencias normativas de legitimidad en la ley penal. Constitución y teoría de la legislación penal

Gloria González Agudelo

Los tipos de omisión impropia y el principio de legalidad estricta

Luis Fernando Niño

4. Política y Derecho penal en Europa

¿El Brexit es un reto para la política criminal de la Unión Europea?

María Acale Sánchez

El proceso de integración penal europea

José Luis de la Cuesta Arzamendi

Cultura política de la UE y racionalidades penales nacionales: Reflexiones sobre la penalidad migratoria

José Ángel Brandariz García

El paradigma de la privación de libertad de solicitantes de protección internacional en Europa: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. el Derecho de la Unión Europea

Esther Pomares Cintas

Abusos de mercado y Derecho penal: España e Italia frente al impulso europeo

Adán Nieto Martín

Luigi Foffani

5. Peligrosidad social y Estado de Derecho

A vueltas con el Derecho penal de la peligrosidad

Rafael Rebollo Vargas

Los disfraces de la peligrosidad (la pena del delito común contra la propiedad)

Raúl Zaffaroni

Los «anormales» y su discriminación penal

Nicolás García Rivas

6. Consecuencias jurídicas del delito

¿Penas o medidas?: del garantismo a la confusión

Mercedes García Arán

El castigo de la delincuencia económica y el riesgo de derecho penal de autor

Gonzalo Quintero Olivares

Nuevas tendencias penológicas: hacia la penología del control

Borja Mapelli Caffarena

La prisión permanente revisable: crónica de una derogación anunciada

María del Mar Martín Aragón

7. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

El órgano de cumplimiento en la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: indefiniciones y precisiones

Norberto J. de la Mata Barranco

La conveniencia de la responsabilidad penal de los partidos políticos

Joan Baucells Lladós

Sobre las inconcebibles naturaleza y función penales y sancionatorias de las erróneamente denominadas «penas», medidas de seguridad «penales» u otra especie de sanciones «penales» aplicables a personas jurídicas

Luis Gracia Martín

8. Justicia penal de transición, impunidad y memoria

Ley de Amnistía. Cuarenta años después

Araceli Manjón-Cabeza Olmeda

II. ESTUDIOS DE PARTE ESPECIAL

1. El Derecho penal de la Globalización

Violencia e impunidad: Examen al Estado

Arturo Ventura Püschel

Francisco Javier Álvarez García

La violencia como elemento del delito de rebelión

Miriam Cugat Mauri

Delimitación de las modalidades de conducta en el delito de atentado: el significado de agredir, acometer y oponer resistencia

María del Mar Carrasco Andrino

Francisco Javier Álvarez García

Actualizar la prohibición del genocidio y las masacres

Ramón Sáez Valcárcel

Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de Derechos Humanos en el marco del

Derecho penal internacional

Ana Isabel Pérez Cepeda

Derecho penal y exclusión social. El «top manta» en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial

Margarita Martínez Escamilla

La protección penal del crédito después de la crisis económica

Hernán Hormazábal Malarée

La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis. Análisis jurisprudencial

Juan Muñoz Sánchez

Regulación del cannabis: aportes político-criminales para la construcción de alternativas al modelo prohibicionista de control de las drogas

Diego Silva Forné

2. Corrupción

Corrupción pública en Latinoamérica

Fabián Luis Riquert

Crimen organizado, corrupción y responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú

José Ugaz S. M.

El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la Administración pública y por soborno transnacional en el debate parlamentario argentino de 2017

Carlos Julio Lascano

Delito de «cohecho electoral»

Lorenzo Morillas Cueva

«Rendición de cuentas y transparencia» como instrumentos de lucha contra la corrupción de los partidos políticos

M^a José Rodríguez Puerta

3. Derecho penal económico y de la empresa

La protección penal del consumidor digital

Luis Ramón Ruiz Rodríguez

El fantasma del administrador de hecho y otras cuestiones fundamentales en los delitos societarios

José Manuel Ríos Corbacho

Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal colombiano

Fernando Velásquez Velásquez

Valoración de la vigente tutela penal de la propiedad intelectual tras la reforma del Código de 2015

Luis Rodríguez Moro

La vigencia de la categoría delito de cuello blanco cuando los delitos socioeconómicos se comenten en contextos normalizados

Laura Zúñiga Rodríguez

Estafa y fraude de subvenciones: una revisión de sus relaciones concursales

M^a del Carmen Gómez Rivero

¿Nueva alternativa a la pena en materia penal tributaria y previsional en Argentina?

Marcelo A. Riquert

Delito de defraudación tributaria y blanqueo de capitales. Reflexiones en supuestos de regularización tributaria con efectos penales

Fermín Morales Prats

El paralelismo procedimental en la persecución del delito de defraudación tributaria

Juan Carlos Ferré Olivé

4. Delitos patrimoniales

A vuelta con el principio de proporcionalidad, de «non bis in idem» y la multirreincidencia en el delito de hurto: Análisis de la STS 481/2017, de 28 de junio

Carmen Salinero Alonso

5. Derecho penal del trabajo

Contextualizando el «Derecho Penal del Trabajo»

Antonio Baylos Grau

El empresario, principal sujeto obligado a garantizar un medio de trabajo seguro y saludable

Joaquín Aparicio Tovar

¿Existió alguna vez un verdadero Derecho penal del trabajo?

Manuel Jesús Dolz Lago

Derecho penal del trabajo en Colombia

Alfonso Cadavid Quintero

Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa?

Eduardo Ramón Ribas

Pesca ilegal y contratación de trabajadores extranjeros: la Sentencia Varepi

Inma Valeije Álvarez

Proxenetismo lucrativo: ¿una modalidad diferente de explotación laboral?

Beatriz Cruz Márquez

A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?

Ignacio F. Benítez Ortúzar

El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo

Fernando Navarro Cardoso

¿Se acabaron las mayorías absolutas parlamentarias! Una crónica política hacia la descriminalización del ejercicio del derecho de huelga

Rosario de Vicente Martínez

La conducta típica del delito de coacciones a la huelga (art. 315.3 CP)

Bárbara San Millán Fernández

La técnica de tipificación y su relación con la aplicación de los delitos que protegen la vida y la salud de los trabajadores

Cristina Méndez Rodríguez

Disfunciones del sistema judicial en el ámbito penal de la siniestralidad laboral

María Revelles Carrasco

La siniestralidad laboral como delito: consecuencias aplicativas

Rosa M. Gallardo García

Siniestralidad laboral y responsabilidad penal por delitos contra la vida o la salud cometidos en comisión por omisión imprudente en el ámbito empresarial

Carmen López Peregrín

La incidencia de la «nueva» imprudencia menos grave en la siniestralidad laboral

M^a José Cuenca García

6. El delito de inmigración ilegal y la trata de personas

El CP español como paradigma del Derecho de la «crimigración»

Diego Boza Martínez

Reconocimiento del derecho de asilo en España a mujeres víctimas de violencia de género

María del Rosario Gómez López

Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres humanos

María Luisa Maqueda Abreu

7. Protección penal del medio ambiente: luces y sombras

La red para la protección ambiental en el Código penal tras la reforma de 2015: los resultados típicos

Paz M. de la Cuesta Aguado

El medio ambiente y la necesidad de coordinación policial como medio de investigación

Antonio Vercher Noguera

Incertidumbre científica y certeza jurídica. La plasmación del Principio --medioambiental-- de precaución en Derecho penal

Mariana N. Solari Merlo

Protección penal del medio ambiente en la Unión Europea. Luces y sombras

Maria Marquès i Banqué

Compliance ambiental: aspectos esenciales, a la luz de la reforma penal de LO 1/2015, de 30 de marzo

Elena M. Górriz Royo

8. Ideología y valores religiosos en el Código Penal

Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados

Patricia Laurenzo Copello

9. Terrorismo y Derecho

El terrorismo global yihadista: ¿Límites a un derecho penal exagerado?

Juan Carlos Campo Moreno

Reflexiones sobre el terrorismo: del terrorismo nacional al terrorismo global

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

La dimensión política del terrorismo

Carmen Lamarca Pérez

Terrorismo: entre el derecho penal y la seguridad nacional

Antonio M. Díaz Fernández

Contraterrorismo

José L. González Cussac

Inteligencia y contrainteligencia en Chile. El monopolio de la violencia estatal frente al terrorismo y sus distorsiones

Myrna Villegas Díaz

Cristian Parada Bustamante

Reflexiones actuales sobre la lucha contra el terrorismo

Miguel Ángel Núñez Paz

Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal

María Luisa Cuerda Arnau

Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»

Juan Carlos Carbonell Mateu

Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos «Cesar Strawberry» y «Cassandra Vera»

Fernando Miró Llinares

De la prevención del blanqueo de capitales a la de la financiación del terrorismo

Patricia Faraldo Cabana

III. ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL

La reparación de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el Derecho Penal

Octavio García Pérez

Sobre los altos tribunales y la «mística» de la intermediación

Perfecto Andrés Ibáñez

Audiencias tempranas y justicia restaurativa en el campo penal juvenil en Costa Rica

Álvaro Burgos

Documento TOL6.932.372

Doctrina

Título: LIBER AMICORUM. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco

Autores: [Carmen Salinero Alonso](#)

Fecha: 11/2018

Número epígrafe: 12

Título epígrafe: Capítulo 12. Delitos patrimoniales

TEXTO:

4. Delitos patrimoniales

A vuelta con el principio de proporcionalidad, de «non bis in idem» y la multirreincidencia en el delito de hurto: Análisis de la STS 481/2017, de 28 de junio

Carmen Salinero Alonso

Profesora Titular de Derecho Penal

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

I. INTRODUCCIÓN

La modificación llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en el delito de hurto ha determinado que, en menos de dos años de vigencia, la Sala Segunda, en pleno, del Tribunal Supremo (TS) se haya visto obligada a dictar una sentencia en la que se pronuncia de manera restrictiva sobre la aplicación de la hiperagravación prevista en el art. 235. 1.7º --multirreincidencia--, en relación con el art. 234.2 --hurto atenuado-- del Código Penal (Cp). Esta resolución pone fin a un insólito recorrido de un caso aparentemente simple como es la determinación del tipo penal y del marco punitivo abstracto del que partir en un hurto reiterado de bienes de valor inferior a 400 euros.

Lo cierto es que nos encontramos con tres resoluciones discordantes --dictadas por tres órganos distintos--, fundamentadas en argumentos diferentes y con consecuencias prácticas diversas para el justiciable: el Juzgado de lo Penal condena al sujeto --culpable de hurto en grado de tentativa-- con una pena de prisión de 8 meses, la Audiencia Provincial rebaja la prisión a 3 meses y el Tribunal Supremo, finalmente, le condena a 29 días de multa. A ellas hay que sumarle el voto particular formulado por uno de los Magistrados de la Sala Segunda y al que se adhirieron cinco Magistrados más.

La pregunta que cabe hacerse es qué ha podido suceder para que un supuesto, en principio sencillo, haya dado lugar a resoluciones y consecuencias diversas y, sobre todo, cómo es posible que se haya llevado a cabo una rebaja tan sustancial de la pena por unos mismos hechos, cuando de todos es sabido que la reforma operada por LO 1/2015 ha supuesto un endurecimiento de las penas para los delitos de hurto al haberse elevado las antiguas faltas del derogado art. 623.1 Cp a delito leve y haberse introducido, al tiempo, la multirreincidencia como circunstancia de hiperagravación.

En las siguientes líneas intentaré dar respuesta a ambas cuestiones.

II. LOS HECHOS, LOS FALLOS Y LOS RECURSOS

Los hechos devienen de la sentencia, de fecha 20 de mayo de 2016, del Juzgado de lo Penal 16 de Barcelona, dictada en el Procedimiento Abreviado 171/2016, por la que se condena a un sujeto que se aproximó a la víctima y aprovechando un descuido hurtó su teléfono móvil. El acusado había sido con anterioridad ejecutoriamente condenado en cinco ocasiones por delitos leves de hurto. La sentencia lo condena como autor criminalmente responsable de un delito de hurto, en grado de tentativa, del art. 235.1.7º Cp, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de ocho meses de prisión con las accesorias legales.

El condenado interpuso Recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que

aceptando los hechos declarados probados hace, sin embargo, un añadido --que resultará, a la postre, sustancial para la rebaja de la pena-- en el sentido de que no quedaba probado que el valor del teléfono móvil fuera superior a 400 euros.

La Audiencia, en su sentencia 783/2016¹, estimó parcialmente el recurso de apelación y condenó al acusado como autor de un hurto, en grado de tentativa, rebajando la pena de prisión de ocho a tres meses. Contra la misma, el Ministerio Fiscal interpuso Recurso de Casación por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal², por indebida inaplicación del art. 235.1.7ª Cp y correlativa indebida aplicación del art. 234.1 del mismo texto legal.

III. LAS SENTENCIAS Y LOS ARGUMENTOS

1. La Sentencia de la Audiencia Provincial

Tal y como reconoce la Sección Sexta de la Audiencia Provincial en su resolución, el recurso del condenado se limita a invocar el consabido «error en la valoración de la prueba», sin entrar en la calificación jurídica de los hechos. No obstante, los Magistrados acometen esta cuestión y consideran que la valoración económica del bien sustraído --un iPhone 6-- resulta esencial para determinar si debe aplicarse el párrafo primero o el párrafo segundo del art. 234 Cp y, ante la falta de referencia expresa de la sentencia apelada, que nada dice ni en los hechos probados ni en sus fundamentos, presumen, en aplicación del principio «*in dubio pro reo*», que el valor del móvil no supera los 400 euros y que, por tanto, los hechos, son constitutivos de un delito leve de hurto en grado de tentativa del párrafo segundo del art. 234 Cp.

Y aquí es donde surge el problema al considerar la Sala de Apelación que la concurrencia de la hiperagravación del art. 235.1.7ª Cp impide la imposición de la pena prevista para el tipo leve del hurto. Llegada a esta conclusión la Audiencia, sin mayor explicación ni argumento, acude al tipo básico del apartado 1º del art. 234 Cp para fundamentar la condena, «pero sin que pueda operar en este caso la mencionada agravante específica pues de lo contrario se produciría un evidente supuesto de *bis in idem* inadmisibles». De ahí, que la pena final que impone sea la de tres meses de prisión³, al considerar que, tratándose --«necesariamente»-- de una tentativa acabada, ha de rebajar la pena en un grado.

La sustancial rebaja de pena, por un lado, y el planteamiento de un problema práctico evidente para los operadores jurídicos --qué párrafo del art. 234 aplicar cuando el sujeto sea multirreincidente y lo hurtado no exceda el valor de 400 euros--, por otro, determinaron que el Ministerio Público interpusiera el citado Recurso de Casación.

2. La Sentencia del Tribunal Supremo⁴

2.1. La posición y argumentos del Ministerio Fiscal

La Acusación Pública impugna la resolución de la Audiencia por entender que la revocación del fallo de la sentencia de instancia carece de fundamentación y se opone, no solo a una interpretación literal de lo establecido en los arts. 234.2 y 235.1.7º Cp sino, también, a su interpretación sociológica y teleológica.

Según el Ministerio Público la propia dicción del art. 235.1.7º Cp -- *interpretación gramatical o literal*-- es clara y no ofrece duda ninguna al señalar que el hurto se castigará con la pena de 1 a 3 años de prisión cuando «al delinquir el culpable hubiera sido ejecutoriamente condenado al menos por tres delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza». Tampoco, en ningún momento, continúa argumentando, el citado precepto distingue entre el hurto menos grave del art. 234.1 Cp (tipo básico) y el hurto leve del art. 234.2 Cp (tipo atenuado) o, lo que es lo mismo, el encabezamiento del art. 235.1 Cp fija la pena «con abstracción de si el delito de hurto cometido fuera sobre objeto cuyo valor supera o no los 400 euros» (FJ PRIMERO 2). Esta distinción tampoco se lleva a cabo al determinar los requisitos de la hiperagravación: se exige que sean, al menos, tres delitos comprendidos en el mismo Título y de la misma naturaleza, por lo que están incluidos tanto los hurtos del art. 234.1 Cp como los del art. 234.2 Cp. Por último, y en apoyo de la interpretación gramatical en la que basa su petición, el Ministerio Público indica que el propio art. 234.2 Cp descarta su aplicación cuando establece la rebaja de la pena para el hurto inferior a 400 euros ya que el precepto expresamente señala su viabilidad «salvo si concurriera alguna de las circunstancias del art. 235». Todo lo expuesto lleva necesariamente al recurrente a entender que el valor del objeto sustraído es indiferente para la aplicación del tipo hiperagravado cuando se esté en presencia de la circunstancia de multirreincidencia.

A mayores, el Fiscal reafirma su criterio a través de la interpretación sociológica y teleológica

recogida en el propio Preámbulo de la LO 1/2015⁵, que indica expresamente cuál es la finalidad y voluntad de la reforma llevada a cabo por el legislador: la eliminación de las faltas de hurto, su conversión en delitos leves y la introducción de la hiperagravación de referencia, lo que permitirá el castigo de los delincuentes habituales de estos hechos con penas de prisión de uno a tres años⁶.

2.2. Exposición y planteamiento de la cuestión

La Sala Segunda del TS cuestiona con rotundidad los razonamientos del Ministerio Fiscal pero, también, la solución dada por la Audiencia para evitar un pretendido *bis in idem* que ciertamente no se causa. Además, considera que el principio de proporcionalidad, manifestación esencial del principio de culpabilidad, se ve notablemente menoscabado por la inclusión de los delitos leves en el concepto de multirreincidencia. Por último, entiende que la interpretación literal y teleológica en la que se apoya el Ministerio Público para no dar viabilidad a la resolución de la Audiencia puede y debe ser corregida con otros métodos hermenéuticos --interpretación sistemática-- cuando su resultado no se acompasa con los principios y valores constitucionales.

2.3. Los argumentos de la Sala Segunda

2.3.1. Sobre el non bis in idem y la constitucionalidad de la reincidencia

Tal y como se ha visto más arriba el TS considera que la solución ofrecida por la Sala de instancia --acudir al art. 234.1Cp y no aplicar la hiperagravación de multirreincidencia-- para evitar un supuesto de «*bis in idem* inadmisibles» no solo no es acertada, sino que, además, se muestra muy crítico con la ausencia de razonamientos y de explicaciones sobre los motivos que determinan tal decisión.

Sobre esta cuestión, la sentencia, apoyada en la jurisprudencia constitucional (SSTC 2/1981, 154/1990, 204/1996, 177/1999, 2/2003, 180/2004, 1/2009 y 77/2010) afirma que no estamos ante un supuesto de *bis in idem* porque, si bien en el caso analizado nos encontramos ante un mismo sujeto activo del delito y ante un mismo fundamento de condena (todos son delitos leves de hurto que tutelan un mismo bien jurídico), lo cierto es que falta el tercer elemento exigido, la *identidad del hecho*, a tenor precisamente de lo señalado por el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 150/1991, de 4 de julio, que viene a declarar la constitucionalidad de la reincidencia --ratificada posteriormente en la Sentencia 152/1992, de 19 de octubre--⁷.

Como es conocido, en esta sentencia el más alto Tribunal declara la constitucionalidad de la agravante de reincidencia en cuanto argumenta que no hay una reiteración punitiva sobre hechos cometidos con anterioridad sino que, tan solo, son «tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos, según los casos, bien (según la perspectiva que se adopte) para valorar el contenido de injusto y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer. La agravante de reincidencia, por tanto, queda fuera de círculo propio de principio non bis in idem» (FJ 9 STC).

La Sala es consciente de que la fundamentación del TC, dando carta de naturaleza a la reincidencia⁸, ha sido muy cuestionada por amplios sectores de la doctrina penal⁹, pero reconoce que se trata de una jurisprudencia consolidada en el tiempo que no puede ser ignorada por la Audiencia: «la mera aplicación de la agravante de reincidencia no implica de por sí incurrir en un *bis in idem*» (FJ SEGUNDO 2).

2.3.2. Sobre el principio de proporcionalidad

Ciertamente puede que el Tribunal de Apelación llevara a cabo un ejercicio interpretativo poco ortodoxo, por no decir directamente de dudosa constitucionalidad al poner en entredicho el principio de legalidad por aplicar un tipo --art. 234.1-- a un caso que no encajaba en su supuesto de hecho --hurto de bien valorado en menos de 400 euros--¹⁰, pero lo que resulta evidente es que con ello intentó hallar una solución punitiva intermedia, en virtud de una pauta de equidad, para evitar la excesiva punición del tipo hiperagravado¹¹ en un supuesto de escasa gravedad.

Y, este es el testigo que recoge el Pleno de la Sala Segunda: la desproporcionalidad¹² punitiva que resulta notoria cuando «con este sistema de punición tendrían asignado un mismo marco punitivo un hurto de un cuadro de un pintor clásico del máximo valor que la sustracción de cuatro carteras que no contuvieran más que, por ejemplo, 50 euros cada una» (FJ. TERCERO 1). Es más, no sólo se trata de un problema de proporcionalidad, sino que volvemos al origen del problema porque el único fundamento de la hiperagravación es la reincidencia del sujeto; fundamento que por mucho que se haya declarado conforme a la Constitución, encuentra unos límites difusos con el Derecho penal de

autor, la forma de vida del culpable y su «personalidad peligrosa» ¹³. De hecho, el propio Tribunal trae a colación la jurisprudencia de esa Sala en la que el principio de culpabilidad opera como un límite infranqueable en la determinación de la pena ¹⁴. Porque no olvidemos que, si bien el juicio de proporcionalidad de la pena es competencia del legislador a la hora de establecer el marco penal abstracto para el delito --individualización legal-- ¹⁵, donde predominan criterios de prevención general y proporcionalidad ¹⁶, corresponde a los jueces y tribunales establecer el marco penal concreto en atención a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del sujeto, donde las necesidades preventivas deben ser conjugadas, también y al mismo tiempo, con el principio de proporcionalidad. Este principio, por tanto, no constriñe tan solo al legislador comprometiendo su tarea de perfilar las conductas consideradas delictivas y el marco genérico de la pena a imponer. El principio de proporcionalidad extiende su ámbito igualmente al momento en el que los jueces y tribunales determinan tanto la cantidad de pena como cuando deben elegir entre opciones cualitativamente distintas de entre las ofrecidas por el legislador, siempre que se muevan, claro está, dentro de los límites fijados por los principios de un Derecho Penal propio de un Estado de social y democrático de Derecho.

2.3.3. Sobre los criterios hermenéuticos utilizados

Llegados a este punto y, ante la necesidad de encontrar una respuesta satisfactoria al problema del exceso punitivo detectado, no queda sino contemplar las posibles soluciones que jurídicamente se ofrecen. En este sentido, la Sala apunta como hipótesis --puesto que la sentencia de segunda instancia no dice nada-- que si lo que buscaba la Audiencia inaplicando el 235.1.7º Cp era fundamentar una crítica jurídica al tipo penal, solo le quedaban dos opciones: o plantear la cuestión de inconstitucionalidad o realizar una interpretación de las normas compatible con el principio *non bis in idem* y con el principio de proporcionalidad ¹⁷.

Ante esta disyuntiva, y en base a la doctrina del TC de acudir a la vía interpretativa ¹⁸, -- *sentencia interpretativa*--, el TS se decanta por la segunda opción al considerar que la vía hermenéutica será satisfactoria siempre que tenga presente los valores y principios constitucionales en los que se apoya el Derecho penal. Desde este punto de vista, la Sala entiende que la interpretación puramente literal, apoyada en criterios teleológicos, llevada a cabo por el Ministerio Fiscal olvida la necesidad de adecuar la solución concreta a tales valores y principios.

Como señala el Tribunal Constitucional la interpretación literal es un punto de partida, pero ni es el único ni el prioritario, ya que se necesitan otros criterios hermenéuticos para poder «corroborar o corregir los resultados de un puro entendimiento literal de las normas según el sentido propio de sus palabras» ¹⁹. Así visto, una mínima labor exegética, fiel a la interpretación literal, pero orientada a la Constitución y a sus valores, en la que se incorporen otros criterios hermenéuticos, cuando la sola interpretación gramatical ofrezca una solución divergente con esos principios constitucionales, se vuelve obligada. Y, de entre estos criterios destaca la interpretación sistemática, que integra la norma en el conjunto del Código penal ²⁰ y puede dar la orientación más acorde con el texto constitucional. Y, ello es, precisamente, lo que hace la Sala cuando interpreta los arts. 234 y 235 Cp dentro del conjunto del texto, en cuyo art. 22.8 Cp asume un concepto de reincidencia del que excluye de forma expresa a los «delitos leves». Cuando la parte general del Cp recoge la definición legal de un concepto o institución este debe ser el mismo, con sus características y límites, para todo el texto, incluida la parte especial. Así entendido, si la escasa ilicitud de los delitos leves ha llevado a que el legislador los excluya de la aplicación de la agravante genérica de reincidencia para incrementar la pena de todos los delitos del Libro II del Cp, con mayor motivo tal concepto y acotaciones deben ser tenidos en cuenta cuando el mismo se traslade a un concreto tipo de la parte especial, sobre todo teniendo en cuenta que una comprensión distinta llevaría a «exasperar la pena de un delito leve hasta el punto de convertirlo en un tipo penal hiperagravado (art. 235.17º), saltándose incluso el tipo penal intermedio o básico previsto en el art. 234.1» (FJ. CUARTO 1). Por ello, el criterio de la Sala sostiene que, si en el ámbito de la reincidencia los delitos leves no tienen entidad suficiente para fundamentar la agravación más leve, menos aún la tendrán para respaldar agravaciones que suponen un salto cualitativo del marco abstracto asignado a la pena del tipo básico o, en su caso, atenuado ²¹. Este criterio hermenéutico integrador nos llevaría necesariamente a la misma solución en relación con el art. 66.1.5º Cp, que recoge el supuesto de concurrencia de la agravante genérica de reincidencia con la cualificación de que el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente, al

menos, por tres delitos de la misma naturaleza comprendidos en el mismo título ²². En ese caso tampoco se excluye expresamente a los delitos leves, pero su descarte es la única conclusión coherente con la interpretación defendida y en congruencia con el apartado segundo del citado artículo que expresamente los excluye ²³ --junto con los delitos imprudentes-- a los efectos de las reglas generales del párrafo primero. Y ello, con independencia de que el legislador dote a este precepto de un grado de discrecionalidad evidente para jueces y tribunales en su aplicación, con lo que su efecto agravatorio puede ser mucho más ponderado y contenido.

Las consecuencias prácticas de esta interpretación restrictiva no solo afectaría a los delitos leves de hurto, sino también a otros delitos contra el patrimonio a los que se aplica el mismo sistema de hiperagravación por concurrencia de tres delitos leves. En efecto, tal y como sostiene acertadamente la Sala, de seguirse el criterio del Ministerio Público en los supuestos de estafa, cuando lo defraudado no excediere de 400 euros, la aplicación literal del art. 250.1.8ª Cp, daría lugar a un salto cualitativo y cuantitativo desmedido: de una pena de multa máxima de tres meses se puede llegar hasta los seis años de prisión y multa de hasta doce meses. Pero es que, además, lo mismo acontecería en los supuestos de administración desleal --art. 252 Cp-- y apropiación indebida --art. 253 Cp-- que recogen el mismo sistema de hiperagravación al remitirse a las penas de la estafa.

Ciertamente esta interpretación no está exenta de críticas al proscribir y quebrantar la interpretación teleológica recogida en la Exposición de Motivos, tal y como recoge el voto particular ²⁴, pero la lucha contra la actividad criminal habitual por quienes hacen de la reiteración delictiva patrimonial su medio de vida no puede ni debe sobrepasar principios penales fundamentales. Por ello, no parece de recibo la tesis del voto particular de que en estos casos el valor económico del bien no marca el contenido antijurídico del tipo penal y la culpabilidad de su autor ²⁵, y que, por tanto, resulta indiferente: los 400 euros son el límite cuantitativo fijado por el legislador para marcar la diferenciación entre el tipo básico y el tipo atenuado, sin que razones de pura prevención especial, incluso general, puedan justificar su omisión. Tampoco parece admisible su tesis de que puedan invocarse para una rebaja punitiva las reglas genéricas de ejecución incompleta --¿solo estas?-- o la posible aplicación del art. 80 Cp -- *suspensión de la ejecución*-- para arropar con un manto de proporcionalidad lo que a todas luces no lo es.

III. CONCLUSIONES

Se podrá estar más o menos de acuerdo con los argumentos manejados por la Sala, discrepar con mayor o menor intensidad de sus fundamentos y razonamientos --motivos hay--, pero lo que no puede refutarse y perder de vista es que su pronunciamiento intenta llevar a términos «tolerables» el excesivo rigor punitivo acogido por el legislador de 2015 para conductas que, si bien son reiterativas y provocan una gran *incomodidad* social, ni son peligrosas ni suponen un grave ataque al bien jurídico protegido, el patrimonio individual. Ciertamente la solución que ofrece la sentencia choca frontalmente con la finalidad perseguida por el legislador, pero la interpretación sistemática e integradora que hace se adecua a los principios y valores constitucionales sin forzar en ningún momento la literalidad de la norma: si el legislador quiere, como parece, endurecer los delitos patrimoniales de menor relevancia deberá modificar el precepto e incluir expresamente a los delitos leves para el cómputo de la multirreincidencia. Entonces no quedaría otro camino que acudir a su declaración de inconstitucionalidad, sin que ningún ejercicio hermenéutico pueda soslayar tamaño despropósito.

NOTAS:

¹Sentencia 783/2016, de 11 de octubre, de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, Rollo de Apelación 118/2016 (ponente D. Eduardo Navarro Blasco).

²Tras la modificación operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cabe el Recurso de Casación por infracción de ley contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

³El Tribunal considera esta pena «suficiente para el reproche de antijuridicidad y culpabilidad» del caso, pues no asume ninguno de los dos criterios que la sentencia impugnada utiliza para una mayor agravación: la incomparecencia del acusado y el pretendido daño que se causa al turismo en la

ciudad.

[4](#)STS 481/2017, de 28 de junio, Recurso de Casación 2264/2017 (ponente Excmo. Sr. D. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro).

[5](#)El Apartado XIV del Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, señala que: «La revisión de la regulación de los delitos contra la propiedad y el patrimonio tiene como objetivo esencial ofrecer respuesta a los problemas que plantea la multirreincidencia y la criminalidad grave. Con esta finalidad se suprime la falta de hurto, y se introduce un supuesto agravado aplicable a la delincuencia habitual. Los supuestos de menor gravedad, que anteriormente se sancionaban como falta, se regulan ahora como delitos leves; pero se excluye la consideración como leves de todos aquellos delitos en los que concurra alguna circunstancia de agravación --en particular, la comisión reiterada de delitos contra la propiedad y el patrimonio--. De este modo, se solucionan los problemas que planteaba la multirreincidencia: los delincuentes habituales anteriormente eran condenados por meras faltas, pero con esta modificación podrán ser condenados como autores de un tipo agravado castigado con penas de uno a tres años de prisión. En cualquier caso, por razones de seguridad Jurídica y de mayor precisión posible en la descripción penal, se mantiene el límite cuantitativo para una clara delimitación entre el nuevo delito leve de hurto y el tipo básico».

[6](#)Este argumento es el manejado también en el voto particular contra la sentencia de referencia formulado por el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde y al que se adhirieron los Excmos. Sres. D. Julián Sánchez Melgar, D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, D. Antonio del Moral García, D. Carlos Granados Pérez y D. Juan Saavedra Ruiz.

[7](#)BOE núm. 180, de 29 de julio de 1991 y BOE núm. 276, de 17 de noviembre de 1992, respectivamente.

[8](#)La propia sentencia objeto de comentario reconoce que no puede obviarse un dato esencial como es que la constitucionalidad de la reincidencia declarada por el TC se refiere «a la agravante genérica de reincidencia y no a la configuración de subtipos penales hiperagravados, en los que se produce un salto punitivo de tal entidad que se permitiría al juzgador convertir una condena de pena de multa en otra de pena privativa de libertad que tiene un techo de tres años y en otros casos de hasta seis años de prisión» (FJ. CUATRO 2).

[9](#)Por todos, S. MIR PUIG, *La reincidencia en el Código Penal*, Barcelona, 1974; E. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Granada, Comares, 2016 y «Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales: Especial referencia a la delincuencia profesional», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pp. 97 a 148; S. AGUADO LÓPEZ, *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas político criminales*, Iustel, Madrid, 2008.

[10](#)El Voto Particular (Apartado Quinto), sin embargo, señala la «irrelevancia» del importe de lo sustraído porque «o bien es el resultado azaroso de un dolo que abarcaba cualquier cuantía, o bien es el resultado de un mecanismo desplegado por la intencionalidad del agente, que limita su actividad delictiva a valores inferiores a 400 euros, precisamente para estar sujeto a un menor rigor penal si es descubierto, pero aspirando a lograr --mediante a reiteración delictiva-- la mayor acumulación patrimonial posible».

[11](#)«Lo que sí resulta diáfano, al margen de que la postura adoptada carece de una legitimidad o justificación de base, es que el argumento que utiliza la Sala de instancia --"un evidente supuesto de bis in idem inadmisibile"-- se muestra muy expresivo y espontáneo, por cuanto viene a decirnos en unos términos rotundos y concluyentes que en el caso de aplicar el tipo hiperagravado por unos antecedentes penales relativos a delitos de hurto leves --antiguas faltas-- estaríamos imponiendo una pena llamativamente desproporcionada» (FJ SEGUNDO 3).

[12](#)Se trata del principio de proporcionalidad en sentido estricto: no se pone en entredicho que la intervención penal no tutele un bien jurídico digno de protección o que no sea idónea o necesaria tal

intervención, lo que la Sala discute es que exista equidad --proporcionalidad en términos comparativos-- entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena. Esta visión tradicional ha dado paso a la idea de ponderación entre los *beneficios* originados por la protección penal y los *costes* derivados de la existencia del delito frente a los derechos fundamentales afectos. Por todos, N. J. DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017; G. P., LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de la leyes penales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006 y T. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999.

El Voto Particular (Apartado Sexto) pone, no obstante, en duda la desproporcionalidad de la pena ya que sostiene que lo que debe tomarse en cuenta es el umbral mínimo --un año-- al poder ser eludida por el juzgador «cualquier otra extensión» --*el resto del marco genérico*-- «en atención a las circunstancias del caso».

[13](#)Entre los diversos argumentos que tradicionalmente se han manejado para señalar el fundamento de la agravante de reincidencia están un incremento del injusto, la mayor peligrosidad, capacidad criminal o culpabilidad, bien por la conducta de vida o por el acto aislado, sin olvidar el criterio de la insuficiencia de las penas impuestas a efectos de prevención especial, la mayor perversidad del sujeto o el desprecio y rebeldía de quien reincide frente al ordenamiento jurídico. Un resumen de los distintos planteamientos en E. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, «Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales: Especial referencia a la delincuencia profesional», *cit.* pp. 104 a 113.

[14](#)Por todas STS 6 de abril de 1990 (ponente D. Enrique Bacigalupo). Sobre esta sentencia, así como sobre el resto de jurisprudencia del TS y del TC en torno a esta cuestión, S. MIR PUIG, «Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del tribunal Constitucional», *Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, fasc. 3, pp. 1139 a 1151.

[15](#)Así la STC 150/1991 «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 1991, (FJ 4).

[16](#)Por todos, J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Determinación de la pena», en I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros (E. Demetrio Crespo y C. Rodríguez Yagüe Coords.), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Ediciones Experiencia, 3ª ed., 2016, p. 503.

[17](#)El Voto Particular (Apartado Primero) formulado a la sentencia hace referencia a una tercera vía que el Tribunal ni siquiera sopesó: el art. 4.3 Cp y lo hace de manera muy crítica al señalar que «la función interpretativa desplegada por la Sala, más que adecuar la norma a los principios constitucionales, es abrogante de una parte de su contenido; y lo hace sin otro respaldo que la misma pauta de equidad con que tacha la argumentación de la Audiencia de Barcelona».

[18](#)Ver STC 185/2014, de 6 de noviembre, BOE núm. 293, de 4 de diciembre de 2014, en la que el Juez de instancia plantea la inconstitucionalidad de la aplicación de la agravación por reiteración delictiva en el derogado art. 623.1 (falta de hurto según la redacción de la LO 5/2010). En ella --y en las posteriores SSTC 203/2014, 205/2014, 206/2014, 3/2015 y 4/2015 que ratifican sus argumentos, se determina que la cuestión suscitada debe resolverse por la vía de una *sentencia interpretativa* que permitía solventar las deficiencias gramaticales de la norma sin necesidad de acudir a la solución drástica de anular un precepto por razones de inconstitucionalidad. Así el TC señala --tal y como anticipó en la STC 93/1984 (FJ. 5) que «es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan sólo la derogación de aquéllos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación». No obstante, la salvaguarda del principio de conservación de la norma encuentra su límite en las interpretaciones respetuosas tanto de la literalidad de la norma cuestionada como del contenido del mandato incorporado en la norma examinada. Como también se apunta en la STC 189/2013 FJ 4, «se erige en parámetro hermenéutico el que la interpretación conforme se pueda deducir "de modo

natural y no forzado" del tenor literal del precepto, sin afectación de la seguridad jurídica (por todas, SSTC 176/1999, de 30 de septiembre, FJ 4; 74/2000, de 16 de marzo, FJ 3; o 56/2004, de 21 de septiembre, FJ 8)).

[19](#)STC 202/2003, de 17 de noviembre, BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003, (FJ. 5).

[20](#)STC 185/2014, *cit.*, (FJ. 8).

[21](#)En el mismo sentido M. SANZ-DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, «Multirreincidencia» núm. marginal 4069, Molina Fernández, F. (Coord.), *Memento Práctico Penal Francis Lefebvre*, 2016, Madrid, Ed. Francis Lefebvre, 2015, p. 489.

[22](#)Considerando que, en la medida en que no se hace ninguna excepción *en principio* habría que entender que el art. 66.1. 5º incluye las condenas por delitos leves, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 334. No obstante, el autor refiere la sentencia objeto de este comentario y señala la interpretación sistemática que hace «en coherencia» con la agravante genérica de reincidencia que excluye los delitos leves. *Ibidem*.

[23](#)La Sala considera como «argumento complementario y secundario, de una entidad menor y más tangencial» que las faltas, reconvertidas ahora en delitos leves, siempre han tenido un grado de ilicitud menor y que el hecho de que ahora se hayan reconvertido en delitos leves «no permite obviar que el grado de ilicitud carezca de toda relevancia a la hora de poder igualarlas cuando el legislador no lo dice de forma específica y expresa en la parte especial» (FJ. CUARTO 2).

[24](#)El Preámbulo de la LO 1/2015 señala de forma indubitada la finalidad de la modificación llevada a cabo, en su apartado XIV: «La revisión de la regulación de los delitos contra la propiedad y el patrimonio tiene como objetivo esencial ofrecer respuesta a los problemas que plantea la multirreincidencia y la criminalidad grave. Con esta finalidad se suprime la falta de hurto, y se introduce un supuesto agravado aplicable a la delincuencia habitual. Los supuestos de menor gravedad, que anteriormente se sancionaban como falta, se regulan ahora como delitos leves; pero se excluye la consideración como leves de todos aquellos delitos en los que concurra alguna circunstancia de agravación --en particular, la comisión reiterada de delitos contra la propiedad y el patrimonio--. De este modo, se solucionan los problemas que planteaba la multirreincidencia: los delincuentes habituales anteriormente eran condenados por meras faltas, pero con esta modificación podrán ser condenados como autores de un tipo agravado castigado con penas de uno a tres años de prisión».

Sobre la naturaleza jurídica de los Preámbulos o Exposiciones de Motivos como parte no dispositiva de las leyes y, por tanto, sin valor normativo, F. SANTAOLALLA LÓPEZ, «Exposiciones de motivos de las leyes: motivos para su eliminación», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, núm. 33, septiembre-diciembre 1991, pp. 47 a 63.

[25](#)El Voto Particular (Apartado Quinto), sin embargo, señala la «irrelevancia» del importe de lo sustraído porque «o bien es el resultado azaroso de un dolo que abarcaba cualquier cuantía, o bien es el resultado de un mecanismo desplegado por la intencionalidad del agente, que limita su actividad delictiva a valores inferiores a 400 euros, precisamente para estar sujeto a un menor rigor penal si es descubierto, pero aspirando a lograr --mediante a reiteración delictiva-- la mayor acumulación patrimonial posible».

ÍNDICE:

I. ESTUDIOS DE PARTE GENERAL

1. La investigación en Derecho penal

Investigar en derecho penal: las enseñanzas de un Maestro

Esther Hava García

Hacia una dogmática jurídico penal como sistema abierto

María José Rodríguez Mesa

Contexto, interdisciplinariedad y dogmática penal

Diana Patricia Arias Holguín

La implantación de los estudios oficiales de criminología en España

José Luis Díez-Ripollés

Derecho Penal y Psiquiatría. De cómo una psiquiatra se aventuró por el mundo penal y criminológico siguiendo al Prof. Terradillos

Julia Cano Valero

Diversidad cultural y Derecho penal

Guillermo Portilla Contreras

Reformas penales y gobernar a través del delito: el caso peruano

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Bienes jurídicos, valores y derechos: satisfacción de necesidades y lucha por el reconocimiento

Mercedes Alonso Álamo

Derecho penal y utopía garantista: una visión latinoamericana

Juan Oberto Sotomayor Acosta

Notas básicas sobre la autoría a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP español): Autoría y significado específico del hecho

Carlos Martínez-Buján Pérez

Sobre la interpretación en Derecho Penal

Iván Meini

2. Evolución histórica de la Ciencia del Derecho penal

Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura

Francisco Muñoz Conde

Metamorfosis del Derecho penal del Estado de Derecho

Eduardo Demetrio Crespo

La Ilustración hispana frente al encierro punitivo: la obra de Lardizábal en su discípulo Joseph Marcos Gutiérrez

Alejandro W. Slokar

1917: La Constitución del Estado social y democrático de derecho en México

Luis Arroyo Zapatero

3. Constitución y ley penal: la imposible convergencia

Exigencias normativas de legitimidad en la ley penal. Constitución y teoría de la legislación penal

Gloria González Agudelo

Los tipos de omisión impropia y el principio de legalidad estricta

Luis Fernando Niño

4. Política y Derecho penal en Europa

¿El Brexit es un reto para la política criminal de la Unión Europea?

María Acale Sánchez

El proceso de integración penal europea

José Luis de la Cuesta Arzamendi

Cultura política de la UE y racionalidades penales nacionales: Reflexiones sobre la penalidad migratoria

José Ángel Brandariz García

El paradigma de la privación de libertad de solicitantes de protección internacional en Europa: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. el Derecho de la Unión Europea

Esther Pomares Cintas

Abusos de mercado y Derecho penal: España e Italia frente al impulso europeo

Adán Nieto Martín

Luigi Foffani

5. Peligrosidad social y Estado de Derecho

A vueltas con el Derecho penal de la peligrosidad

Rafael Rebollo Vargas

Los disfraces de la peligrosidad (la pena del delito común contra la propiedad)

Raúl Zaffaroni

Los «anormales» y su discriminación penal

Nicolás García Rivas

6. Consecuencias jurídicas del delito

¿Penas o medidas?: del garantismo a la confusión

Mercedes García Arán

El castigo de la delincuencia económica y el riesgo de derecho penal de autor

Gonzalo Quintero Olivares

Nuevas tendencias penológicas: hacia la penología del control

Borja Mapelli Caffarena

La prisión permanente revisable: crónica de una derogación anunciada

María del Mar Martín Aragón

7. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

El órgano de cumplimiento en la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: indefiniciones y precisiones

Norberto J. de la Mata Barranco

La conveniencia de la responsabilidad penal de los partidos políticos

Joan Baucells Lladós

Sobre las inconcebibles naturaleza y función penales y sancionatorias de las erróneamente denominadas «penas», medidas de seguridad «penales» u otra especie de sanciones «penales» aplicables a personas jurídicas

Luis Gracia Martín

8. Justicia penal de transición, impunidad y memoria

Ley de Amnistía. Cuarenta años después

Araceli Manjón-Cabeza Olmeda

II. ESTUDIOS DE PARTE ESPECIAL

1. El Derecho penal de la Globalización

Violencia e impunidad: Examen al Estado

Arturo Ventura Püschel

Francisco Javier Álvarez García

La violencia como elemento del delito de rebelión

Miriam Cugat Mauri

Delimitación de las modalidades de conducta en el delito de atentado: el significado de agredir, acometer y oponer resistencia

María del Mar Carrasco Andrino

Francisco Javier Álvarez García

Actualizar la prohibición del genocidio y las masacres

Ramón Sáez Valcárcel

Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de Derechos Humanos en el marco del Derecho penal internacional

Ana Isabel Pérez Cepeda

Derecho penal y exclusión social. El «top manta» en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial

Margarita Martínez Escamilla

La protección penal del crédito después de la crisis económica

Hernán Hormazábal Malarée

La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis. Análisis jurisprudencial

Juan Muñoz Sánchez

Regulación del cannabis: aportes político-criminales para la construcción de alternativas al modelo prohibicionista de control de las drogas

Diego Silva Forné

2. Corrupción

Corrupción pública en Latinoamérica

Fabián Luis Riquert

Crimen organizado, corrupción y responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú

José Ugaz S. M.

El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la Administración pública y por soborno transnacional en el debate parlamentario argentino de 2017

Carlos Julio Lascano

Delito de «cohecho electoral»

Lorenzo Morillas Cueva

«Rendición de cuentas y transparencia» como instrumentos de lucha contra la corrupción de los partidos políticos

M^a José Rodríguez Puerta

3. Derecho penal económico y de la empresa

La protección penal del consumidor digital

Luis Ramón Ruiz Rodríguez

El fantasma del administrador de hecho y otras cuestiones fundamentales en los delitos societarios

José Manuel Ríos Corbacho

Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal colombiano

Fernando Velásquez Velásquez

Valoración de la vigente tutela penal de la propiedad intelectual tras la reforma del Código de 2015

Luis Rodríguez Moro

La vigencia de la categoría delito de cuello blanco cuando los delitos socioeconómicos se comenten en contextos normalizados

Laura Zúñiga Rodríguez

Estafa y fraude de subvenciones: una revisión de sus relaciones concursales

M^a del Carmen Gómez Rivero

¿Nueva alternativa a la pena en materia penal tributaria y previsional en Argentina?

Marcelo A. Riquert

Delito de defraudación tributaria y blanqueo de capitales. Reflexiones en supuestos de regularización tributaria con efectos penales

Fermín Morales Prats

El paralelismo procedimental en la persecución del delito de defraudación tributaria

Juan Carlos Ferré Olivé

4. Delitos patrimoniales

A vuelta con el principio de proporcionalidad, de «non bis in idem» y la multirreincidencia en el delito de hurto: Análisis de la STS 481/2017, de 28 de junio

Carmen Salinero Alonso

5. Derecho penal del trabajo

Contextualizando el «Derecho Penal del Trabajo»

Antonio Baylos Grau

El empresario, principal sujeto obligado a garantizar un medio de trabajo seguro y saludable

Joaquín Aparicio Tovar

¿Existió alguna vez un verdadero Derecho penal del trabajo?

Manuel Jesús Dolz Lago

Derecho penal del trabajo en Colombia

Alfonso Cadavid Quintero

Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa?

Eduardo Ramón Ribas

Pesca ilegal y contratación de trabajadores extranjeros: la Sentencia Varepi

Inma Valeije Álvarez

Proxenetismo lucrativo: ¿una modalidad diferente de explotación laboral?

Beatriz Cruz Márquez

A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?

Ignacio F. Benítez Ortúzar

El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo

Fernando Navarro Cardoso

¡Se acabaron las mayorías absolutas parlamentarias! Una crónica política hacia la descriminalización del ejercicio del derecho de huelga

Rosario de Vicente Martínez

La conducta típica del delito de coacciones a la huelga (art. 315.3 CP)

Bárbara San Millán Fernández

La técnica de tipificación y su relación con la aplicación de los delitos que protegen la vida y la salud de los trabajadores

Cristina Méndez Rodríguez

Disfunciones del sistema judicial en el ámbito penal de la siniestralidad laboral

María Revelles Carrasco

La siniestralidad laboral como delito: consecuencias aplicativas

Rosa M. Gallardo García

Siniestralidad laboral y responsabilidad penal por delitos contra la vida o la salud cometidos en comisión por omisión imprudente en el ámbito empresarial

Carmen López Peregrín

La incidencia de la «nueva» imprudencia menos grave en la siniestralidad laboral

M^a José Cuenca García

6. El delito de inmigración ilegal y la trata de personas

El CP español como paradigma del Derecho de la «crimigración»

Diego Boza Martínez

Reconocimiento del derecho de asilo en España a mujeres víctimas de violencia de género

María del Rosario Gómez López

Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres humanos

María Luisa Maqueda Abreu

7. Protección penal del medio ambiente: luces y sombras

La red para la protección ambiental en el Código penal tras la reforma de 2015: los resultados típicos

Paz M. de la Cuesta Aguado

El medio ambiente y la necesidad de coordinación policial como medio de investigación

Antonio Vercher Noguera

Incertidumbre científica y certeza jurídica. La plasmación del Principio --medioambiental-- de precaución en Derecho penal

Mariana N. Solari Merlo

Protección penal del medio ambiente en la Unión Europea. Luces y sombras

Maria Marquès i Banqué

Compliance ambiental: aspectos esenciales, a la luz de la reforma penal de LO 1/2015, de 30 de marzo

Elena M. Górriz Royo

8. Ideología y valores religiosos en el Código Penal

Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados

Patricia Laurenzo Copello

9. Terrorismo y Derecho

El terrorismo global yihadista: ¿Límites a un derecho penal exagerado?

Juan Carlos Campo Moreno

Reflexiones sobre el terrorismo: del terrorismo nacional al terrorismo global

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

La dimensión política del terrorismo

Carmen Lamarca Pérez

Terrorismo: entre el derecho penal y la seguridad nacional

Antonio M. Díaz Fernández

Contraterrorismo

José L. González Cussac

Inteligencia y contrainteligencia en Chile. El monopolio de la violencia estatal frente al terrorismo y sus distorsiones

Myrna Villegas Díaz

Cristian Parada Bustamante

Reflexiones actuales sobre la lucha contra el terrorismo

Miguel Ángel Núñez Paz

Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal

María Luisa Cuerda Arnau

Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»

Juan Carlos Carbonell Mateu

Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos «Cesar Strawberry» y «Cassandra Vera»

Fernando Miró Llinares

De la prevención del blanqueo de capitales a la de la financiación del terrorismo

Patricia Faraldo Cabana

III. ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL

La reparación de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el Derecho Penal

Octavio García Pérez

Sobre los altos tribunales y la «mística» de la inmediación

Perfecto Andrés Ibáñez

Audiencias tempranas y justicia restaurativa en el campo penal juvenil en Costa Rica

Álvaro Burgos

Documento TOL6.932.374

Doctrina

Título: LIBER AMICORUM. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco

Autores: [Joaquín Aparicio Tovar](#), [Rosario de Vicente Martínez](#), [Fernando Navarro Cardoso](#), [Manuel Jesús Dolz Lago](#), [Antonio Baylos Grau](#), [Eduardo Ramón Ribas](#), [Rosa M. Gallardo García](#), [M^a José Cuenca García](#), [Alfonso Cadavid Quintero](#), [Inma Valeije Álvarez](#), [Carmen López Peregrín](#), [Bárbara San Millán Fernández](#), [María Revelles Carasco](#), [Beatriz Cruz Márquez](#), [Ignacio F. Benítez Ortúzar](#), [Cristina Méndez Rodríguez](#)

Fecha: 11/2018

Número epígrafe: 13

Título epígrafe: Capítulo 13. Derecho penal del trabajo

TEXTO:

5. Derecho penal del trabajo

Contextualizando el «Derecho Penal del Trabajo»

Antonio Baylos Grau

Universidad Castilla-La Mancha (Ciudad Real)

I. DETRÁS DE UN LIBRO

Un libro publicado siempre tiene detrás una historia que por regla general no suele ser conocida ni valorada por sus lectores. Y sin embargo la historia del libro explica una buena parte de sus contenidos y de sus desarrollos, de sus éxitos y de su repercusión académica o científica o por el contrario permite considerarlo dentro del universo de la literatura de conveniencia en la que se mueve una buena parte de la producción universitaria.

Un libro puede ser también la cristalización en un momento histórico concreto de la vicisitud personal de su autor, expresa sus preocupaciones y sus intereses en medio de una línea de producción científica y de pensamiento que por definición debe ser crítico, da cuenta de la forma concreta en la que aborda el tema de investigación planteado, las influencias que ha recibido, sus compromisos teóricos y sus ajustes de cuentas con el debate doctrinal sobre la materia seleccionada, afirma su individualidad como obra personal, en los tiempos presentes manifiesta la ansiada excelencia que le haga acreedor al juicio positivo de una comisión de notables más inclinados sin embargo a predicar esta característica de los artículos publicados en revistas de calidad verificada y jerarquizada por un índice patrocinado por potentes grupos editoriales globales.

A los libros, como a sus autores, se les nota la edad, van adquiriendo años como una pátina al inicio imperceptible pero luego bien visible, al punto de permanecer confinados en anaqueles cada vez más alejados de los del uso bibliotecario frecuente, olvidados de todos como un juguete roto o conducidos a la basura como preveía Von Kirchmann ante las dos palabras rectificadoras del legislador, quizá vendidos al peso por algún cartonero avisado. Pero frente a ese triste destino de los libros jurídicos, con la edad a veces los libros se convierten en clásicos, y quedan siempre allí, para ser consultados y citados casi de forma ritual en estudios y artículos posteriores, y se les acuerda una especie de trato reverencial, que denota más una actitud de distancia que de afinidad. Aunque se conoce la fragilidad de estas liturgias, todo jurista que escribe un libro querría que su obra, al pasar el tiempo, adquiriera esta cualidad.

Todas estas consideraciones generales abren esta contribución a un libro de homenaje a Juan Terradillos, catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Cádiz y una personalidad extraordinariamente relevante en el estudio de la ciencia del Derecho Penal, al que las organizadoras del mismo me han invitado a participar en mi doble condición de amigo y coautor. Por eso este texto

se dedica al Derecho Penal del Trabajo, no en cuanto disciplina científica, sino en cuanto elaborado doctrinal producido en un momento histórico que respondía a determinadas inquietudes y propósitos. Se trata por tanto de presentar lo que hay detrás del libro «Derecho Penal del Trabajo», que Juan Terradillos y yo mismo publicamos en la Editorial Trotta, recién estrenada entonces por Alejandro Sierra, en 1990. Ver los entresijos que explican su publicación hoy en día no sólo puede resultar útil para sus lectores, sino que posiblemente explica la continuidad actual del mismo.

II. UNA COLABORACIÓN «INTERDISCIPLINAR» SOBRE EL DERECHO DE HUELGA

En el comienzo de la década de los años 80 en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense había un buen grupo de profesores y profesoras englobados bajo el nombre de Profesores No Numerarios (PNNs), que compartíamos una acción política y sindical bastante intensa junto con una presencia prácticamente a tiempo completo en el centro de trabajo. El peso de las clases recaía sobre este profesorado que además desarrollaba labores de gestión académica a través del control de la actividad académica de la Facultad y en especial de las contrataciones anuales del profesorado mediante la Asamblea de PNNs, un espacio de discusión y de debate que se auto encomendaba la vigilancia de los derechos laborales y políticos de los miembros de la Facultad, y que funcionaba en estrecha relación con el movimiento estudiantil. En ese contexto de movilización que entonces parecía bastante natural, las relaciones interpersonales eran muy importantes y sostenían en el día a día un modo de «estar» en el trabajo. Es difícil para alguien que conozca la universidad actual que se pudiera representar aquel escenario, que hay que referirlo al periodo de democratización que se vivía en el momento tras la promulgación de la Constitución de 1978 con la efervescencia política y sindical que le acompañaba, y que comenzó a transformarse en un proceso de «modernización» tras el golpe de Estado fracasado de 1981 y fundamentalmente el triunfo del PSOE en las elecciones de 1982.

Esta nueva etapa --que en el momento no se percibía como tal-- está simbolizada por la reforma de la Universidad que se lleva a cabo en 1983 a través de la LRU y que supuso la transformación de los PNNs y su referencia colectiva e individual al derecho del trabajo en funcionarios públicos y a la relación de servicio que caracterizaba a estas figuras mediante una serie de procesos de integración en los nuevos cuerpos docentes, fundamentalmente de profesores titulares de Universidad ¹. La contestación de la norma no impidió que se materializaran sus objetivos, lo que tuvo repercusiones importantes en la organización del colectivo de profesores, sin que sin embargo afectara a las relaciones interpersonales creadas en el grupo ni a las prácticas del trabajo universitario que implicaban la permanencia en los locales de la Facultad.

Pero en ese nuevo contexto se multiplicaron los encuentros de debate sobre el trabajo concreto que los profesores de derecho llevábamos a cabo, y la difusión y el cuestionamiento de orientaciones metodológicas o teóricas en una gran medida provenientes de otras experiencias y ordenamientos jurídicos extranjeros que se analizaban de forma colectiva, sin que entonces se utilizara mucho el término «interdisciplinar» ni tampoco se hablara de «comparatismo» como objeto de estas discusiones. Algunos de nuestros amigos y compañeros más queridos habían emprendido una estancia fuera de España --Joaquín Aparicio en Gran Bretaña, Santos Pastor allí primero y en California después-- y la apertura a otros marcos teóricos fundamentalmente europeos no era sólo el objetivo de los investigadores de una materia jurídica específica, sino que se compartía en una visión pluralista, desde observatorios diferentes, lo que daba cuenta de mejor manera de la complejidad de lo social y de su regulación jurídica.

Por eso no es de extrañar que en ese clima de preocupación por producir un conjunto teórico crítico sobre la regulación jurídica que contestaba su orientación de clase y su legitimación formal sobre una democracia en la que era imposible reconocerse como medio y como fin colectivo, coincidiéramos Juan Terradillos y yo mismo en intentar iniciar una trayectoria común de trabajo que pudiera construir un espacio de intercambio teórico entre el derecho penal y el derecho del trabajo con la finalidad de establecer un espacio de tutela sobre el trabajo que obedeciera a fundamentos democráticos y garantistas.

El terreno elegido para esta colaboración era, coherentemente con nuestras respectivas trayectorias personales, el del derecho de conflictos y el ejercicio de la libertad sindical. La huelga como un principio de activación de una reflexión conjunta que pudiera presentar dos facetas muy atractivas en el análisis, la que pretendía reprimir y contener en unos márgenes precisos las capacidades de expresión de la acción colectiva, limitando su fuerza y capacidad de intimidación, y la que por el

contrario debía tutelar y proteger esta facultad como un derecho fundamental relacionado directamente, en el caso español, con el compromiso constitucional de promover la igualdad material o sustancial y remover los obstáculos que dificulten su logro.

Aunque la ocasión la daría en principio la introducción por la LO 8/1983, de 25 de junio, del art. 177 bis del CP que pretendía «...proteger, por vía de amenaza contra los ataques que se les dirijan, la libertad de sindicación y el derecho de huelga, a fin de garantizar su libre ejercicio», la colaboración cobró cuerpo a partir de la obtención de una Acción Integrada hispano --británica entre el Ministerio de Educación y el British Council para el curso 1986-1987, en la que participamos ambos junto a nuestro *partner*, que era Phil A. Thomas, del Departamento de Derecho de la Universidad de Cardiff en Gales, donde por cierto estaba ese curso de profesor invitado nuestro amigo Joaquín Aparicio que ofició de anfitrión espléndido, como de costumbre. El objeto de esta ayuda era precisamente el análisis de los mecanismos institucionales de control de la huelga previstos en los ordenamientos británico y español, utilizando la noción de «modelo» concebida como la representación esquemática de un proceso global de tratamiento y de reproducción normativa de las acciones colectivas que permitiera aprehender la función de ambos conjuntos normativos, más allá de los estudios comparatistas al uso ² y en donde, siguiendo una línea de trabajo compartida, nos interesaba el examen del derecho penal como medio de control social, pero también en relación con los restantes medios institucionales de lograr el mismo. El examen de la huelga desde esta perspectiva se efectuaba como una condición para entender que junto a la vertiente represiva había una importante esfera de impunidad por parte de los poderes privados en orden a desarrollar conductas directamente encaminadas a impedir el ejercicio del derecho de huelga o a reducir aún más los márgenes de libertad admitidos por el sistema jurídico, y que en esta dimensión, la función de determinados instrumentos de tutela laboral deberían acoplarse con una garantía reforzada en el ámbito penal.

El texto en el que esta perspectiva aparece revalorizada proviene de la nueva regulación ya mencionada del art. 177 bis CP y abordaba la regulación penal de la tutela de la libertad sindical y del derecho de huelga ³, es decir, un cambio de perspectiva respecto de la versión que durante la transición política se había efectuado en cuanto a la despenalización del art. 222 CP a partir de la STC 11/1981 de 8 de abril respecto de las huelgas de empleados y funcionarios públicos --manteniendo sin embargo las llamadas huelgas sediciosas como huelgas políticas-- e introduciendo el delito de coacciones laborales para castigar los piquetes de huelga, considerando por tanto la huelga todavía como un instrumento delictivo. El precepto penal aparecía como la garantía del nivel mínimo de funcionamiento de las organizaciones sindicales y de las funciones de regulación conflictual de las relaciones de trabajo que estas llevan a cabo. Por eso el desarrollo de esta materia ofrecía una reflexión sobre el sentido de cuál podría ser el papel de la intervención penal en un ordenamiento pluralista basado en un principio de autonomía y autotutela colectiva que requería sin embargo una intervención de «promoción» de este impulso sindical en la línea del compromiso marcado por el art. 9.2 CE hacia la igualdad real y efectiva, en donde la huelga se configuraba como un derecho de participación de los ciudadanos que trabajan en la vida económica y social del país.

Esta perspectiva que desde el planteamiento laboralista se afirmaba a duras penas entonces contra una concepción mayoritaria en la jurisprudencia y en una parte de la doctrina tradicional según la cual el modelo contractual --o en otras apreciaciones definido como laboral-- de huelga era el que prevalecía frente al modelo polivalente que en una buena medida se delineaba en la STC 11/1981 de 8 de abril ⁴, se complementaba con la afirmación de una importante vertiente de tutela llevada a cabo por el derecho penal de estos derechos fundamentales ligados al sujeto colectivo que representa a los trabajadores y a la propia titularidad de éstos, que podía habilitar una línea de contención frente a las conductas de los poderes privados y públicos que negaban, impedían u obstaculizaban gravemente el ejercicio de tales derechos.

La ambivalencia de la regulación penal del conflicto dejaba paso, en esta perspectiva de análisis, a la necesidad de construir un marco de referencia en donde el tratamiento penal del trabajo se correspondiera con una visión asertiva del reconocimiento de un sistema de derechos y libertades que fundaban el poder represivo del Estado y lo legitimaban política y socialmente.

Es cierto sin embargo que la indeterminación y la contradicción de la regulación penal del conflicto laboral y social continuará siendo un tema central para valorar la sinceridad democrática de los preceptos penales que incriminan acciones colectivas determinadas como coacciones laborales ⁵, y que este problema se presentará como algo acuciante tras la organización de la resistencia sindical frente a las medidas de austeridad en las huelgas generales del 2010 y del 2012, a partir de las cuales

se incoaron 81 procedimientos penales que encausaron a más de 300 sindicalistas por participar en los piquetes en dichas huelgas generales. Se trataba en efecto de una vasta acción de incriminación penal sin precedentes en los países democráticos de nuestra misma área cultural. Hay que tener en cuenta que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, el piquete de huelga, que pretende lograr una adhesión lo más general posible de los trabajadores en el ámbito sometido a la convocatoria de huelga y a la vez obtener la mayor visibilidad social y ciudadana del conflicto, dándolo a conocer y recabando la solidaridad de todas las personas, es un elemento central en la dinámica y el desarrollo de la huelga. En la figura del piquete no sólo está en juego el derecho de huelga, de la que constituye una expresión directa, sino también la libertad de información y el propio derecho de manifestación en los piquetes masivos⁶. Con independencia del desarrollo concreto de estos procesos, que fueron contestados por una importante movilización sindical y que se han plasmado en numerosas sentencias en las que el eje de la decisión ha sido la prueba de las coacciones y las contradicciones de los testimonios de la policía, el tema tiene importantes consecuencias en cuanto a las políticas del derecho que deben ponerse en práctica frente a este fenómeno y que han sido puestas de manifiesto por Terradillos en un artículo reciente al respecto⁷.

III. EL DERECHO PENAL DEL TRABAJO

El impulso hacia un estudio de carácter general sobre la regulación penal del trabajo entendido como bien y valor constitucionalmente protegido fue acelerado por el concurso de cátedra de derecho penal de la Universidad de Cádiz que obtuvo Juan Terradillos, puesto que producir el libro en común era el objetivo que permitía volver a encontrarnos, preferentemente en Jerez y en el Puerto de Santa María, para ir avanzando en el resultado final, a través de las modificaciones de los sucesivos originales. La manera de repartirnos el trabajo expresaba la autoría compartida, porque sobre el texto que sobre un capítulo alguno de ambos preparaba, se reescribía su contenido por el otro, y esta versión era a su vez revisada dos veces más por cada uno. De esta manera, el resultado final hizo que la escritura fuera bastante homogénea y que no se advirtieran grietas en su desarrollo, además de conseguir que el castellano impecable de Terradillos se expandiera por todos los capítulos del libro.

El segundo elemento favorecedor de la publicación reposó en la iniciativa de Alejandro Sierra, que había dejado un puesto de dirección en Tecnos, de crear su propio sello editorial, para lo que estuvo preparando, a partir de finales de 1988, los elementos necesarios a este propósito, entre los que desde luego estaba seleccionar a los autores de los libros futuros. La editorial quería dedicar una parte significativa de su producción al campo jurídico, y contaba con atraer a una buena parte de la nómina de los profesores que habían publicado en Tecnos, lo que sin embargo no sucedió, y habría de pasar algunos años antes de que fundamentalmente por influencia de Perfecto Andrés, el eje de las publicaciones jurídicas se desplazara hacia la filosofía del derecho y la teoría política con fuerte influencia italiana --el fenómeno Ferrajoli-- como una imagen de marca de la misma.

Nosotros ofrecimos el proyecto de libro a la editorial en sus comienzos y de esta forma el «Derecho Penal del Trabajo» fue el primer libro publicado por Trotta en su serie jurídica. Durante mucho tiempo --prácticamente toda la década siguiente-- fue la editorial a la que confiar nuestras monografías o estudios colectivos, y formamos parte de un consejo editorial junto con Joaquín Aparicio, Juan Ramón Capella y Perfecto Andrés de la colección «Estructuras y procesos» dedicada al campo del Derecho. El libro contó además con un elogioso prólogo de Aurelio Desdentado, magistrado de la Sala de lo social del Tribunal Supremo, que resaltó tanto la «visión integrada» del derecho penal y laboral que en él aparecía como la «intensidad crítica» del trabajo, fruto del «compromiso de unos autores ajenos a cualquier tentación de pensamiento débil».

El libro fue un éxito editorial --en la medida en que los libros jurídicos pueden serlo-- y tuvo ya una primera reimpresión en 1991. Fue muy bien acogida por las doctrinas jurídicas de ambas materias, con especial énfasis en el área del Derecho Penal, y en breve tiempo cobró además interés para otras culturas jurídicas, concretamente en América Latina. La peripecia reformista que habría de conducir al Código Penal de 1995 --el pomposamente denominado «Código Penal de la Democracia»-- fue desarrollándose a partir de 1992 y 1994, con modificaciones sucesivas. El CP de 1995 optó, de manera decidida por mantener la intervención del legislador penal en el ámbito del trabajo e incorporó algunas novedades al respecto⁸.

Este cambio legislativo importante requería una revisión del texto, de manera que en 1997 apareció la segunda edición de esta obra. Para mantener el conjunto armónicamente, una buena parte de sus contenidos fueron re-escritos completamente, de manera que las dos versiones del libro difieren en muchos puntos, aunque siempre claro está manteniendo la arquitectura general del trabajo. Basta

comprobar el índice del libro para apreciar los cambios importantes en su estructura y dinámica, en especial respecto de la reordenación de los diferentes delitos y su denominación. Además el libro ofrece un listado bibliográfico muy extenso, que da cuenta de la importante producción doctrinal sobre esta materia que se había incrementado exponencialmente desde la primera edición de la obra, y un índice analítico sobre las materias abordadas en la obra, ambos confeccionados por Esther Hava, entonces becaria de investigación de la Universidad de Cádiz, quien también procedió a corregir el original.

A partir de ahí, han sido muy numerosos los estudios y trabajos que se han ido desgranando sobre esta materia, y en la que Juan Terradillos ha desarrollado, como en tantas otras relativas al derecho penal y a la criminología, su línea de trabajo, unas veces ampliando su campo de observación al más amplio de los delitos económicos, y otras por el contrario, centrando el foco sobre puntos más específicos de la regulación penal laboral ⁹. Es ya un campo de análisis «normalizado» no sólo en el área del Derecho Penal, donde ha encontrado una enorme expansión, sino también, y es asimismo relevante, en el campo del Derecho del trabajo, donde las intervenciones de especialistas en derecho penal del trabajo son percibidas como una aportación importante para completar una visión de conjunto e integrada del sistema de tutelas y garantías sobre las relaciones laborales.

IV. ALGUNOS ELEMENTOS DE CONFORMACIÓN DEL OBJETO DEL TRABAJO

Para la construcción de la obra era imprescindible crear el significado que el título debía asumir, colocándolo en un campo de análisis muy preciso que además resistiera a posibles interpretaciones erróneas o deslegitimadoras del mismo. Las primeras aproximaciones a este punto en la cultura jurídica española de la época habían venido dadas por Arroyo Zapatero a propósito de su libro sobre la salud y seguridad en el trabajo, en donde lo encuadraba justamente en el periodo weimariano en el que la protección penal se centraba en la tutela de la fuerza de trabajo como bien jurídico autónomo, y no como tutela penal del trabajador ¹⁰ y que había explayado en un «Manual de Derecho Penal del

Trabajo» en 1988 ¹¹, privilegiando el comentario a los preceptos del Código Penal aplicables. Era por tanto conveniente resaltar la ruptura que se tenía que producir entre una tradición totalitaria que fijaba el concepto de Derecho Penal del Trabajo tanto en la imperatividad de la norma laboral que posibilitaba la intervención sancionadora del Estado al máximo nivel frente al incumplimiento de ésta, y que por tanto se centraba en el llamado durante el franquismo el «delito social», como, simultáneamente, en la fijación de las condiciones del orden público laboral respecto de los instrumentos de autotutela colectiva, garantizando el orden productivo mediante la criminalización de aspectos concretos de la acción colectiva, como podrían ser las huelgas de intencionalidad política o la participación en piquetes de huelga que impidieran u obstaculizaran la actitud de otros trabajadores de rechazo de la huelga.

Este entendimiento de la noción de Derecho Penal del Trabajo estaba bastante extendido en la cultura jurídica de la que participaban los jueces y fiscales, pero también los abogados e incluso los sindicalistas, que percibían la función de la norma penal como garantía de las condiciones mínimas de prestación del trabajo y a la vez como instrumento de represión de la acción colectiva, rebajados ya desde la transición política los presupuestos claramente hostiles a las formas organizativas del movimiento obrero y a la huelga como medio de actuación y de regulación conflictiva de las relaciones de trabajo. En su primera acepción, la que procuraba la tutela de las condiciones de trabajo fijada en las normas de carácter imperativo e irrenunciable, era también una apreciación generalizada que su efectividad era prácticamente nula, mientras que seguía activo, al menos como amenaza con visos de realidad, en su función «pacificadora» y represora de algunos elementos de la acción colectiva. En el libro incluimos una cita de Umberto Romagnoli que incorpora esta sensación de ineffectividad de la norma penal pese, justamente, a ser considerada la sanción máxima que castiga los comportamientos que denotan un mayor desvalor social. En efecto, según Romagnoli, el Derecho Penal del Trabajo era una parcela del ordenamiento «que no agrada a ninguna categoría de estudiosos» y ello por «la conciencia más o menos lúcida de que se trata de una parcela en la que encuentra hospitalidad la mala conciencia del ordenamiento, mala por ser falsa y falsa porque asume la separación entre norma escrita y realidad fáctica como un dato permanente de raíces estructurales».

El primer elemento que debíamos remover era por tanto esta concepción tradicional que en su propia conformación llevaba una dualidad asimétrica entre una tutela protectora --y limitada-- de las condiciones de trabajo que no se producía en la realidad, y una función represiva de determinadas expresiones de la acción colectiva, que se presentaba fundamentalmente como amenaza y como

incentivo a la utilización de otros instrumentos de control y represión en el plano sancionatorio privado principalmente, a cargo del empresario y su poder disciplinario. La clave de la respuesta se encontraba en la Constitución y en el sistema de derechos y libertades que ésta instauraba, es decir, en su contenido político-democrático que necesariamente tiene que reflejar en negativo el derecho penal. No se trataba solo de la inversión de los esquemas de criminalización del franquismo, ni de considerar que se trata de un conjunto normativo ordenado a la garantía de las normas laborales dedicadas a tutelar a los trabajadores, sino que era precisa una consideración más objetiva de esta materia, ligada a la tutela de un umbral de legalidad mínima que asegure el funcionamiento de la normalidad en la producción. La disciplina social que ésta requiere viene indicada fundamentalmente por la normativa laboral y el funcionamiento de la autonomía colectiva, pero en una relación dinámica orientada por la orientación emancipatoria que marca el art. 9.2 CE, que sin embargo puede verse a su vez obstaculizada en momentos históricos concretos por circunstancias políticas, económicas o sociales.

En ese sentido, proponíamos como ámbito típico del Derecho Penal del Trabajo tres grandes grupos de intereses tutelados: las condiciones mínimas de trabajo, de acceso al empleo y a la Seguridad Social, las condiciones personales de trabajo, prácticamente referidas en exclusiva a la salud laboral y, finalmente, el funcionamiento del principio de autonomía colectiva y sindical y de las reglas de actuación colectiva en especial a través de la huelga. Aunque en desarrollos legislativos posteriores --el Código Penal de 1995 al que luego se hará referencia-- estos tres grupos pueden ser ampliados y matizados, en lo esencial siguen constituyendo la razón de ser de esa categoría que denominamos Derecho Penal del Trabajo ¹² [—](#).

En cualquier caso, la construcción dogmática de esta figura tenía que confrontarse con otro impedimento, éste más bien ligado a una consideración liberal en la que la aplicación de la norma penal a las actividades económicas es contraproducente salvo en los supuestos muy extraordinarios de puesta en peligro del orden financiero o de alguna institución económico-mercantil central. En 1990 se advertía en el libro sobre la «oportunidad y necesidad» de este conjunto normativo «en los tiempos de la flexibilidad legislativa laboral», marcando una tendencia contraria que el posterior desarrollo de los acontecimientos no ha hecho sino acelerar. La «reforma laboral permanente» que se viene procediendo en España desde 1994 --a la que aludíamos en el prólogo a la segunda edición-- se ha visto extraordinariamente propulsada a partir de la grave crisis financiera y política que estalló en Estados Unidos y Europa a partir de 2008. La gobernanza económica y las políticas de austeridad han ido generando una serie de reformas laborales principalmente en los países del Sur de Europa caracterizadas, como proclamaba la última (por el momento) de las mismas, impulsada en Francia por el gobierno Macron, a «liberar el trabajo y el espíritu de empresa».

En España, las consecuencias económicas y sociales de la reforma laboral son sobradamente conocidas y no es el caso ahora de reiterarlas. Sabemos que el derecho al trabajo y el derecho a la negociación colectiva han sido severamente transformados por estas normas, y que la devaluación salarial, la incentivación casi indisimulada del trabajo no declarado y sobre explotado, el incremento exponencial de la precariedad y la proclamación de una tendencia a la extensión de la desigualdad económica y social, con la creación de amplias fracturas y exclusiones colectivas, son los elementos realmente perseguidos por la iniciativa legislativa y las políticas subsiguientes del gobierno, que además ha radicalizado el ciclo represivo contra la protesta social y el conflicto obrero. Pero ante todo las consecuencias más graves lo son en términos político-democráticos, porque la reforma laboral se resume en un amplio proceso de pérdida y reducción de derechos individuales y colectivos. Además, el discurso sobre el futuro del trabajo tiende a desarrollarse en términos economicistas o tecnicistas, acentuando las consecuencias venideras de la introducción de nuevos paradigmas técnicos y culturales que reforzarán el poder económico en manos de unos pocos y que acrecentará la dependencia de grandes corporaciones y de los circuitos de financiación, de lo que se induce enormes pérdidas de puestos de trabajo, polarización de los empleos en alta y nula cualificación, que a su vez produce una cierta depauperación salarial --incremento de los trabajadores pobres-- transformación del grueso de los asalariados en autónomos económicamente dependientes y quiebra de la Seguridad social que genera una protección social asistencialista mínima y con amplios sectores excluidos. El futuro es una línea no muy bien definida pero siempre en el inmediato porvenir, que por tanto se reviste de tremendos tintes amenazadores, generando oscuros temores de que todo se derrumbe salvo la economía y la técnica, que se impone como un destino a la acción de las personas ¹³ [—](#).

Estas tendencias inciden sobre la indicación social y política de unas condiciones de «normalidad» en

la producción que han debilitado el principio de autonomía colectiva y de acción sindical y han disminuido de manera drástica la estabilidad en el empleo. Hacen más difícil la vigencia de los derechos individuales y colectivos del trabajo y por tanto repercuten indirectamente en la eficacia de un orden sancionatorio como el penal en cuanto a la reducción práctica de su ámbito de actuación. Pero no invalidan su función y su conformación dogmática en el contexto de un sistema de derechos reconocidos constitucionalmente, ni por tanto puede reconducirse la razón de su existencia a una lógica defensiva según la cual justo cuando los sistemas pre-penales de control social y jurídico se debilitan, hay que mantener esta intervención estatal de garantía.

O, por mejor decirlo en las palabras de Terradillos: «Se podrá discutir por tanto el cambio de función, la subsidiariedad o la utilización de nuevas técnicas de control por las instituciones jurídico-laborales, pero no la necesidad o la oportunidad del orden sancionatorio laboral sobre el trabajo: cualquiera que sea la función que se asigne a la intervención legal estatal en materia de relaciones de trabajo, existen unos principios fundamentales, un núcleo esencial de derechos e intereses que el ordenamiento jurídico debe intentar preservar, también mediante el instrumento que le suministra al Estado el sistema penal»¹⁴.

El empresario, principal sujeto obligado a garantizar un medio de trabajo seguro y saludable

Joaquín Aparicio Tovar

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Castilla-La Mancha

I. INTRODUCCIÓN

Contemplando las obras del artista chino CAI GUO-QIANG que en la actualidad se muestran en el Prado, realizadas recurriendo a explosiones de pólvora, vienen a la mente, en una asociación espontánea de ideas, los escritos sobre Derecho Penal de Juan Terradillos. Cuando uno se pregunta el porqué de esa asociación la respuesta nos la da el propio CAI GUO-QIANG, quién entiende que su obra, y piensa que la de todos los artistas, es el resultado de una tensión entre «expansión y contención». En su caso la expansión que provoca la explosión de la pólvora y la contención que exige controlar esa explosión para que no destruya el lienzo. En la obra de Terradillos es particularmente clara esa tensión entre la originalidad, la libertad desbordante del pensador y la autocontención expresada en el rigor del método y la precisión del lenguaje. Sin estar sometida a reglas la imaginación creativa podría acabar en la insustancialidad, algo completamente ausente en la abundante obra de Terradillos. Si hay un ámbito en el que esa tensión es evidente, es el relativo a la siniestralidad laboral, en el que sus construcciones como penalista reposan en una sólida base de conocimiento de la realidad de la prestación de trabajo que emerge de una apasionada apuesta por la consecución de un trabajo digno, del que la forma extrema de explotación que constituyen los ataques a la vida y la salud de los trabajadores esté desterrada.

Este es el sentido que tienen sus rigurosas reflexiones a favor de la admisibilidad de la intervención penal en la siniestralidad laboral por la relevancia de los bienes jurídicos en juego, al tiempo que critica cómo «la nota clasista, que ha venido caracterizando al Derecho Penal como instrumento de control, no puede ser ignorada al reivindicar que se abstenga de ampliar su campo de acción a nuevas conductas, de gran lesividad, y que se mantenga en sus tradicionales ghettos de marginalidad»¹⁵. Los bienes jurídicos protegidos son la «*vida, salud o integridad física*» de los trabajadores como «bienes jurídicos colectivos» que para que entre en juego la tutela penal es necesaria «una determinada proyección del comportamiento infraccional al mundo exterior»¹⁶. Claro es que la admisibilidad puede edificarse sobre arena si no se argumenta de modo adecuado la idoneidad de aquella intervención, porque es evidente que las causas de la siniestralidad son estructurales y la intervención penal no puede ser el único medio. La eficacia en la aplicación de la norma penal (sin la cual acaba siendo papel mojado) tiene que venir, no solo por su perfección técnica, sino por una activa implicación de distintos agentes, de modo destacado por la del ministerio fiscal, pero también de los trabajadores y sus sindicatos, de la inspección de trabajo, de una policía judicial especializada y de establecer «unos criterios que permitan distinguir lo penalmente relevante de lo que no lo es, sobre la base de una doctrina consistente, que dote de contenido al principio de seguridad jurídica, en su doble faceta de definir y acotar lo típico y de garantizar que, cuando concurren los elementos del delito, se va a producir una sentencia condenatoria que valide la vigencia fáctica de la ley»¹⁷. La consistencia de esa doctrina que poco a poco, y no sin dificultades, se va construyendo debe mucho a las aportaciones de Juan Terradillos.

II. EL EMPRESARIO COMO PRINCIPAL SUJETO OBLIGADO

La resolución de los problemas de autoría del delito de puesta en peligro grave de la vida, salud o integridad física de los trabajadores tipificado en el art. 316 CP exige recurrir a la legislación laboral, ya que es la que establece quienes son los que están legalmente obligados a facilitar «los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas», lo que exige identificar a los sujetos obligados y determinar el alcance de la obligación.

El principal sujeto obligado es el empresario sobre el que pesa la obligación «esencial»¹⁸ de garantizar un medio de trabajo seguro y saludable. Esta obligación, ante todo, se deriva de su posición en el contrato de trabajo ya que el empresario, en el uso de su poder de dirección organiza y dirige el proceso productivo, como reconoce el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. El ámbito en el que el empresario ejerce su poder directivo debe de ser seguro y saludable. Cuando el empresario celebra un contrato de trabajo contrae una deuda de seguridad con cada uno de los singulares trabajadores a su servicio. Ese mismo papel del empresario como principal obligado a garantizar la seguridad en el medio de trabajo está impuesto en el art. 14 LPRL, que no hace otra cosa que incorporar al derecho español lo previsto en los arts. 5 y 6 de la Directiva 89/391/CE, de 12 de junio de 1989 o Directiva-Marco. La obligación empresarial de seguridad tiene como reverso el correspondiente derecho de los trabajadores.

Es importante destacar que sobre el empresario en realidad pesan varias obligaciones, en primer lugar una obligación general de seguridad y, en segundo lugar, una serie de obligaciones específicas, algunas de las cuales tienen una naturaleza instrumental en relación con la obligación general. Estas obligaciones instrumentales fueron una de las novedades más importantes de la LPRL y contribuyen a integrar la prevención en la gestión de la empresa¹⁹. La obligación general implica que el empresario debe «garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo», para lo cual debe de adoptar «cuantas medidas sean necesarias» a ese objetivo, desarrollando «una acción permanente con el fin de perfeccionar los niveles de protección existentes» (art. 14.2 LPRL). Esta obligación está construida con la técnica de un estándar de conducta cuyo cumplimiento dará lugar a conseguir una auténtica «protección eficaz» considerada como un derecho de los trabajadores (art. 14.1 LPRL). Dicho estándar se expresa mediante el paradigma del empresario prudente, que es objetivo y al que debe adaptar su conducta el

empresario individual²⁰. De acuerdo con dicho estándar, el empresario debe de actuar, por una parte, según el elemento intelectual doble de conocer cuáles son los riesgos que genera el proceso productivo que dirige, y cuáles son los medios para evitarlos y, por otra, según el elemento volitivo de aplicar efectivamente esos medios. Como todos los estándares, el del empresario prudente es abierto y sólo puede satisfacerse de acuerdo con las circunstancias de lugar y de tiempo. El elemento intelectual es evolutivo porque el conocimiento de los riesgos y los medios para evitarlos van cambiando con el desarrollo de la ciencia y de la técnica. Por ello la obligación general del empresario implica llevar a cabo «una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva [...] y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención» (art. 14.2 LPRL).

Por lo general las obligaciones específicas son instrumentales para el adecuado cumplimiento de la obligación general. Muchas de estas obligaciones tienen un alto contenido técnico y en la mayoría de los casos están establecidas en normas de carácter reglamentario que son trasposiciones de las Directivas específicas (pantallas de visualización, ruido, amianto, equipos de trabajo, etc...). Muchas de estas obligaciones están establecidas de modo absoluto, es decir, su cumplimiento ha de hacerse en los exactos términos previstos por las normas sin que dejen espacio a la interpretación de acuerdo con las circunstancias de tiempo y de lugar. Las obligaciones de alto contenido técnico son de aplicación a determinadas actividades productivas o al uso de identificados procedimientos de trabajo o de concretos productos. Sin embargo, otras obligaciones específicas e instrumentales son de general aplicación y están establecidas en la LPRL incorporando las previsiones de la Directiva-Marco, como son la elaboración de un plan de prevención de riesgos, evaluación de riesgos, información, consulta, participación y formación de los trabajadores, tener previsiones de actuación en los casos de emergencia y riesgos graves e inminentes, vigilancia de la salud de los trabajadores a su servicio y constitución de servicios y medios necesarios para organizar adecuadamente la prevención, en especial los llamados servicios de prevención. También pesan sobre el empresario obligaciones de mantener y cumplimentar correctamente una documentación sobre prevención y de notificar a la autoridad laboral los daños sufridos por los trabajadores. El juego conjunto de las obligaciones específicas y la obligación general configura lo que de modo

simplificado se dice obligación de seguridad del empresario, cuyo cumplimiento cabal daría lugar a un medio de trabajo exento de riesgos para la integridad de los trabajadores. La obligación de seguridad, así entendida, es una obligación, no de medios, sino de resultado que exige al empresario aplicar el mejor medio posible para prevenir los riesgos.

Sobre todas estas obligaciones actúa el principio de adaptación del trabajo a la persona (art. 15.1.d. LPRL), que desde antiguo está reconocido por la legislación de Seguridad Social (hoy en el art. 164.1 Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, RDLeg 8/2015, de 30 de octubre). Es decir, las circunstancias personales del trabajador o trabajadora, como la discapacidad, el desconocimiento del idioma, la edad, etc., deben de ser tenidas en cuenta en la asignación de tareas y en la evaluación de los riesgos. De modo especial han de tenerse en cuenta las circunstancias de especial vulnerabilidad de determinados colectivos de trabajadores como inmigrantes, jóvenes o mujeres ²¹.

Las medidas preventivas deben, además, prever las distracciones o imprudencias en las que pueda incurrir el trabajador (art. 15 LPRL). La adaptación del trabajo a la persona obliga a tener en cuenta, además de las situaciones de vulnerabilidad a las que se acaba de aludir, la especial sensibilidad de algunos trabajadores frente a riesgos específicos de la empresa que a ellos les pueden afectar con más intensidad que a otros trabajadores.

El empresario debe evaluar de forma cuidadosa los riesgos que puedan incidir en la función de procreación de mujeres y hombres (art. 25. 2 LPRL). El RD 1802/2008, de 3 de noviembre sobre sustancias peligrosas adaptó la legislación española anterior al Reglamento (CE) nº 1907/2006, del Parlamento y del Consejo (Reglamento REACH) de 18 de diciembre de 2006, que incluye la protección contra las sustancias con efectos nocivos sobre la salud reproductiva. La protección de la maternidad tiene un tratamiento especial en el art. 26 LPRL que incorpora los mandatos de la Directiva 92/85/CE, de 19 de octubre de 1992. La regulación de esta materia se ha completado con las previsiones de Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y la Ley Orgánica, 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La mujer embarazada no está obligada a informar de su estado al empresario ya que es algo que cae dentro del ámbito de su intimidad, como han declarado tanto el

Tribunal de Justicia de la UE, como el Tribunal Constitucional español ²². El art. 55.5 b) ET declara nulo, por discriminatorio, el despido de la trabajadora embarazada, aún cuando el empresario no tuviese conocimiento de su estado. Pero la tutela antidiscriminatoria no opera de la misma forma en el ámbito preventivo, pues para que puedan ponerse en marcha algunas de las medidas protectoras de forma eficaz es necesario que el empresario tenga conocimiento del estado de la trabajadora ²³.

La evaluación de los riesgos de la empresa sobre las hipotéticas situaciones de embarazo, parto reciente o lactancia es el escalón inicial de la protección. Evitar la exposición de la trabajadora a los agentes o situaciones dañinas es un segundo nivel, lo que puede significar el cambio de puesto de trabajo o la no realización de trabajo nocturno o a turnos. Si no fuera posible el cambio de puesto de trabajo se pasa a un tercer nivel y la trabajadora tendrá derecho a una suspensión del contrato de trabajo, de acuerdo con lo revisto en los arts. 45 y 48 del Estatuto de los Trabajadores. Esta suspensión es distinta de aquella otra de 16 semanas por parto. La protección que ofrece la legislación de Seguridad Social entra entonces en acción garantizando una prestación económica (y por supuesto sanitaria), pero para ello es preciso que los servicios médicos del Sistema de Salud acrediten que sobre la situación de embarazo o lactancia natural el puesto de trabajo de la trabajadora genera riesgos para la salud incompatibles con su estado. Las trabajadoras tienen un derecho a ausentarse del trabajo, sin reducir su remuneración, para exámenes prenatales y seguir técnicas de preparación del parto.

Los trabajadores jóvenes son otro grupo especialmente sensible para los que se regulan una serie de medidas protectoras en el art. 27 LPRL, de acuerdo con lo previsto en la Directiva 94/33/CE. La protección parte de la evaluación de los riesgos para estos trabajadores que debe de incluir su falta de experiencia en el trabajo y su inmadurez. La información sobre las características del trabajo es una obligación adicional del empresario. El Estatuto de los Trabajadores establece limitaciones en la jornada de trabajo y la prohibición del trabajo nocturno y de realización de horas extraordinarias para estos trabajadores, así como determinados trabajos considerados peligrosos en una antigua (pero vigente) norma, el D. de 26 de julio de 1957.

Una de las más importantes obligaciones instrumentales del empresario es constituir o recurrir a alguna organización con medios técnicos necesarios para cumplir adecuadamente sus obligaciones de seguridad. Esta obligación está expresamente establecida en el art. 7 de la Directiva-Marco de donde

se ha incorporado a los arts. 30 y 31 LPRL, que han tenido un importante desarrollo reglamentario. Estos artículos han sufrido algunas modificaciones, como la llevada a cabo por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre que se dictó con ocasión de la incorporación al derecho interno de las previsiones de la Directiva 2006/123/CE, sobre prestación de servicios en el mercado interior, aunque no habría sido estrictamente necesario porque esa Directiva no se aplica a la legislación laboral, ha sido una opción del legislador español. La idea de la Directiva-Marco es, no solo proveer un suelo común y mínimo europeo de protección de la salud de los trabajadores, sino establecer un modo de gestión en la empresa ²⁴. La constitución o el recurso a un medio técnico para organizar la prevención en el empresa no supone un desplazamiento de la obligación de seguridad del empresario hacia estos medios. El empresario no queda liberado de sus obligaciones de seguridad como expresamente se establece en los arts. 5 y 6 de la citada Directiva-Marco. El art. 31.2 LPRL, por su parte, establece que esos medios o servicios «asesoran y asisten» al empresario, no ocupan su papel. El sentido de esta obligación instrumental está en la obligación del empresario de conocer los riesgos del proceso productivo y aplicar los mejores medios para evitarlos de acuerdo con la evolución de la ciencia y de la técnica, pero no se puede pretender que la empresaria sea a la vez química, médica, ingeniera, etc. de ahí que necesite el asesoramiento especializado de personas expertas. En las empresas muy pequeñas (las que ocupan hasta 10 trabajadores) el empresario puede asumir por si mismo esta tarea, si tiene los conocimientos precisos para el tipo de actividad que desarrolla. La LPRL da al empresario la posibilidad de designar uno o varios trabajadores para ocuparse de esta actividad, constituir un servicio de prevención propio o recurrir a un servicio de prevención externo.

Los servicios de prevención, tanto si son propios como externos, son unidades organizadas y estructuradas ²⁵ que deben de contar con especialistas en, al menos, cuatro especialidades de medicina del trabajo, seguridad en el trabajo, ergonomía, higiene industrial, y psicología aplicada. El empresario puede recurrir al asesoramiento de más de un servicio de prevención. Una gran mayoría de las empresas españolas, tanto si son pequeñas como grandes, optan por recurrir a servicios de prevención ajenos ²⁶, lo que no favorece la integración de la prevención en la gestión de la empresa. Para que una entidad pueda actuar como servicio de prevención es necesario que sea acreditada por las autoridades laborales. El objetivo de la Ley 25/2009 y de sus normas reglamentarias de desarrollo es homogeneizar en toda España, simplificar, pero a la vez reforzar las garantías de la acreditación. Esta necesidad de intervención de la autoridad administrativa no se opone a libre prestación de servicios en el mercado interior porque la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores es una exigencia imperativa de interés general, como se puede deducir del art. 4.8 de la Directiva 2006/123/CE.

1. La descentralización productiva y la colaboración entre empresarios

En las páginas anteriores se ha venido insistiendo en que el empresario es el principal deudor de seguridad sobre el que pesan las obligaciones que se han descrito, pero la generalización de la descentralización productiva (*outsourcing*) ha provocado que el empresario no sea tanto un empresario individual cuanto un empresario complejo. El empresario individual, tanto si es persona física como jurídica, organiza y dirige el proceso productivo y obtiene la *utilitas* que se deriva del trabajo, pero en el caso del empresario complejo hay una fractura entre quien organiza el trabajo y quien obtiene la *utilitas* que se manifiesta a través de muy variadas formas. En el uso de la libertad de empresa (art. 38 CE) los empresarios pueden recurrir a variadas formas de colaboración, algunas de las cuales no crean vínculos de subordinación interempresarial (contratos de comisión, de agencia...) otras, en cambio, crean formas de subordinación semejantes a la integración vertical (franquicias, grupos de sociedades). Estas figuras son formalmente externas a la relación de trabajo, pero condicionan el desarrollo de la prestación laboral del trabajador con importantes efectos sobre las obligaciones de seguridad en el trabajo en tanto que dificultan tanto el cumplimiento de la obligación de seguridad como, y de forma destacada, la exigencia de responsabilidades, incluidas las penales. Frente a esta realidad es necesario elaborar una noción del empresario como «parte» del contrato que identifique los intereses estructurados y gestionados de forma ordenada entre los distintos sujetos ²⁷ y, para ello, el art. 1.2 ET nos ofrece la solución: « *serán empresarios todas las personas físicas o jurídicas, o las comunidades de bienes que perciben la prestación de servicios*».

En el amplio uso de las formas de descentralización productiva en España hay que buscar una de las causas de la alta siniestralidad, especialmente en el excesivo recurso a las contratas y subcontratas como forma de abaratar costes empresariales. Las últimas empresas subcontratistas de la cadena

suelen ser empresas pequeñas con escasa capacidad financiera que no invierten en prevención ²⁸—. Esta situación aconsejó intensificar las medidas de coordinación de actividades empresariales prevista en el art. 24 LPRL, cosa que se hizo por el RD 171/2004, de 30 de enero.

La legislación identifica diversas situaciones. La primera de ellas es aquella en la que coinciden trabajadores de distintas empresas en un centro de trabajo sin que exista un vínculo jurídico determinado entre los empresarios. En este caso se distinguen, a su vez, dos supuestos, uno cuando ninguno de los empresarios es el titular del centro de trabajo y otro en el que uno de ellos es el titular del mismo. Por centro de trabajo en esta materia hay que entender meramente el lugar de la prestación, no el concepto más estricto que utiliza el art. 1.5 ET como unidad productiva con organización específica, registrada como tal ante la autoridad laboral ²⁹—. Un segundo supuesto es cuando hay un empresario principal en un centro de trabajo en el que desarrollan sus actividades trabajadores al servicio de otros empresarios ligados con el primero por una contrata o subcontrata. La ley toma la diferente posición empresarial para imponer mayores obligaciones. Hay una gradación de obligaciones que actúa de manera acumulativa. El nivel más alto corresponde al empresario titular del centro de trabajo ligado con otros empresarios mediante contrata y subcontrata. En un siguiente nivel está el empresario titular del centro de trabajo en el que desarrollan su actividad trabajadores de otros empresarios con los que no tiene vínculo contractual y, por último, el de los empresarios que desarrollan su actividad en un mismo centro de trabajo sin vinculación contractual entre ellos y sin que ninguno de ellos tenga una posición de superioridad por dominar o controlar el medio de trabajo. Los trabajadores autónomos pueden estar en cualquiera de las tres situaciones descritas. La novedad que introduce el art. 8 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo está en el caso de que el trabajador autónomo sea contratado por el empresario titular del centro de trabajo para la realización de obras o servicios de su propia actividad. En ese caso se impone al empresario una obligación de vigilancia del cumplimiento por el autónomo de la legislación preventiva de modo similar a los trabajadores por cuenta ajena a su servicio ³⁰—.

En el caso de mera coincidencia en un centro de trabajo de varios empresarios sin vínculo jurídico entre ellos, se les impone a todos ellos un deber de establecer los medios de cooperación *necesarios*. Es un concepto abierto que implica que la evaluación de los riesgos que hace cada uno de ellos debe de tener en cuenta la implicación de trabajadores de otras empresas ³¹—. Hay un deber de información recíproca sobre los riesgos que puedan generar sus actividades, que debe darse por escrito cuando el riesgo sea grave y hay que informar de inmediato a los demás empresarios de las situaciones de emergencia. Cada empresario debe comunicar esa información a sus propios trabajadores.

Sobre el empresario titular del centro de trabajo pesan esas mismas obligaciones, pero, además, debe informar a los demás empresarios, antes del comienzo de la actividad, sobre los riesgos propios del centro de trabajo y las medidas de emergencia que han de adoptarse. Debe recibir información sobre los riesgos de las actividades de cada una de ellos y hacerla circular a los demás. En los casos de especial peligrosidad o de especial dificultad de coordinación debe designar a una o varias personas con competencia y conocimientos en materia preventiva para que se encarguen de esta tarea. El titular del centro de trabajo debe consultar con los representantes de los trabajadores sobre la organización del trabajo derivada de la presencia de otras empresas.

Al empresario titular del centro de trabajo que contrate o subcontrate con otros empresarios se le impone, además de las obligaciones anteriores, la obligación de vigilancia de que los contratistas y subcontratistas con los que contrata cumplan la normativa de prevención de riesgos, pero hay una cierta confusión cuando en el art. 24. 3 LPRL se exige que los contratistas y subcontratistas actúen en el centro de trabajo y que sean «de la propia actividad». El concepto de propia actividad se introdujo en el art. 42 ET para limitar la responsabilidad de los empresarios principales por incumplimiento de las obligaciones salariales o de Seguridad Social de los contratistas frente a sus trabajadores. El Tribunal Supremo (Sala 4ª, Social), después de algunas vacilaciones, ha adoptado un concepto restrictivo al entender por propia actividad aquellas tareas inherentes a la producción de los bienes y servicios que la empresa lanza al mercado, en lugar de incluir todas las tareas imprescindibles para ello. De ese modo dejaría fuera del ámbito de aplicación del art. 43.3 actividades de contratistas y subcontratistas tales como la limpieza (que tiene que ver con la higiene) o la seguridad lo que es absurdo ³²—. Esa interpretación implica que hay una incoherencia entre el art. 24. 1 y 24.2 LPRL, que construyen las obligaciones preventivas en torno al centro de trabajo, con el art. 24.3 LPRL, que las construiría sobre la actividad. Es el centro de trabajo lo determinante ³³— y precisamente por ello «la

imposición de obligaciones se vincula a la presencia de varios deudores de seguridad en el medio» ³⁴. Hay que concluir que no hay un concepto unitario de «propia actividad». En prevención de riesgos es un concepto más amplio y abarca todas las tareas necesarias para la actividad productiva. El deber de vigilancia del empresario principal, por último, se limita, según el RD 17/2004, a las contratas o subcontratas que desarrollen su actividad en el propio centro de trabajo, lo que debilita la potencialidad protectora de la protección ³⁵ en otros supuestos.

La obligación de vigilancia del cumplimiento de la normativa preventiva también recae en el empresario cuando los trabajadores de los empresarios con los que contrate o subcontrate no desarrollen su actividad en el centro de trabajo pero utilicen máquinas, equipos o productos proporcionados por la empresa principal.

III. SOBRE LAS OBLIGACIONES DE LOS TRABAJADORES

Las obligaciones del empresario cumplen la función de garantizar un medio de trabajo seguro y saludable. El reverso de esa obligación es un derecho de los trabajadores. Como ya se ha dicho, al ser el empresario el titular de los medios de producción, tiene el poder organizativo y de dirección en la empresa y es quien está en condiciones de adoptar las medidas preventivas exigidas por el ordenamiento. La posición del trabajador es completamente distinta: es el sujeto que debe cumplir las órdenes dictadas por el empresario en el uso regular de las funciones directivas y no tiene poder en la empresa, excepto en supuestos muy excepcionales, por lo tanto debe quedar muy claro que no tiene obligaciones en esta materia que generen responsabilidades penales o administrativas, a no ser que su papel en la empresa le doten «del necesario dominio fáctico» en esta materia por ostentarlo por delegación «del sujeto específicamente obligado» ³⁶. Pero en este caso lo relevante no es su condición de trabajador, sino la de titular de poderes empresariales.

La primera de las obligaciones del trabajador es cumplir con las medidas y las órdenes empresariales de prevención, como está establecido en el art. 29 LPRL y en el art. 13 de la Directiva-Marco. Sobre el trabajador pesa un deber de diligencia que le lleva a velar por su propia seguridad y la del resto de los trabajadores a los que pueda afectar su actividad. El nivel de diligencia está en relación con el nivel formativo del trabajador y de sus circunstancias personales. Debe utilizar de modo adecuado los instrumentos y medios de trabajo, pero para ello es necesario que las instrucciones y la información suministrada por el empresario sean correctas. Sobre el trabajador pesa, además, una obligación de información a sus superiores, a los encargados de la prevención en la empresa o a otros trabajadores de los posibles riesgos que haya detectado en desempeño de su trabajo. Por otro lado tiene una obligación de colaboración con el empresario y las autoridades públicas para que las condiciones de trabajo sean seguras.

El incumplimiento por el trabajador de estas obligaciones dará lugar a la sanción disciplinaria que le pueda imponer el empresario en uso de su poder sancionador. La gravedad de la sanción será proporcional a la gravedad del incumplimiento, que en todo caso ha de ser imputable al trabajador.

El trabajador goza de un derecho de resistencia al cumplimiento de las órdenes empresariales. Ese derecho comprende el de interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo cuando detecte un riesgo grave e inminente para su vida o salud (art. 21.2 LPRL), sin que ello le comporte consecuencia negativa alguna. Si se produce una situación de riesgo grave e inminente es porque el empresario ha incumplido sus obligaciones o porque se han presentado acontecimientos imprevisibles. En ambos casos el abandono del lugar de trabajo no puede suponer ninguna sanción para el trabajador. El principio de la buena fe opera en esta materia en dos direcciones, una hacia el trabajador, que no debe de interrumpir su trabajo sin causa seria y justificada, y otra hacia el empresario, que en la valoración de la conducta *a posteriori* del trabajador debe de tener en cuenta exclusivamente las circunstancias del momento y del lugar. Ha de tenerse en cuenta, además, la condición personal del trabajador.

Los representantes de los trabajadores pueden, de modo excepcional, suplantar los poderes empresariales y ordenar la paralización de las actividades de la empresa si un riesgo grave e inminente afecta a la totalidad o a un grupo de trabajadores (art. 21.3 LPRL). La decisión de paralizar debe ser tomada cuando el empresario no adopte medidas ante esa situación de riesgo inminente o no permita adoptarlas. Esta decisión, que supone una expropiación temporal de los poderes directivos del empresario, debe ser tomada por la mayoría de los representantes de los trabajadores en el Comité de Empresa o de los Delegados de Prevención si no es posible reunir a dicho Comité. Se debe de dar comunicación de inmediato a la autoridad laboral, que en un plazo de 24 horas ratificará o anulará la decisión. La consideración de la gravedad e inminencia del riesgo debe de ser valorada de acuerdo

con las circunstancias precisas y en el contexto del momento en que se adopta. Los representantes no pueden sufrir consecuencias negativas por la decisión adoptada de buena fe y los trabajadores libremente decidirán cumplir o no la orden de paralización de la actividad. Quienes interrumpen la actividad conservan el derecho al salario.

Las obligaciones de los representantes de los trabajadores en defensa de la salud y salubridad del medio de trabajo no pueden dar lugar a exigencias de responsabilidades, más allá de las que puedan imponer los trabajadores mediante una eventual revocación del mandato representativo o el castigo electoral en las siguientes elecciones a los órganos de representación.

Una última reflexión parece pertinente. La exigencia de responsabilidades penales al empresario infractor se deduce, no por su condición de empresario, sino por sus hechos ³⁷.

¿Existió alguna vez un verdadero Derecho penal del trabajo?

Manuel Jesús Dolz Lago

Fiscal del Tribunal Supremo

Al Profesor Dr. Terradillos, con admiración.

*«Se conoce el corazón del hombre por lo que hace
y su sabiduría por lo que dice» (Ali-Ben-Abi-Taleb)*

I. BREVE JUSTIFICACIÓN EN HOMENAJE AL DR. TERRADILLOS

El Profesor Juan M^a TERRADILLOS, junto con el iuslaboralista Antonio BAYLOS, en el año 1990 publicó uno de los primeros manuales sobre Derecho penal del trabajo ³⁸, al que había precedido dos años antes el del profesor ARROYO ZAPATERO ³⁹.

Ambas obras, por su calidad y acierto, me disuadieron de escribir la mía propia, ya que, primero en 1977 como becario colaborador y después como profesor no numerario ayudante de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, siempre me interesó la materia hasta el punto de situar entre mis planes de investigación el de escribir un manual sobre la incipiente entonces disciplina laboral/penal, en la que apenas había bibliografía, tras la Constitución de 1978 ⁴⁰.

Interés que se acrecentó con motivo de mi ingreso por oposición en el Ministerio Fiscal en el año 1981, lo que permitía que relacionara el Derecho Penal y el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, no ya sólo desde el punto de vista académico sino también en una práctica forense en la que me adentraba con la ilusión de servir a la legalidad y a los intereses públicos, especialmente, procurando la satisfacción del interés social ex art. 124.1 CE, que siempre asocié en su origen al interés de la clase trabajadora ⁴¹.

Sin embargo, tras 36 años de ejercicio profesional ininterrumpido como fiscal y también en no pocas etapas intermitentes como profesor universitario, me pregunto si existió alguna vez un verdadero Derecho penal del trabajo ⁴², dada su escasa recepción jurisprudencial y el impacto desnaturalizador que sobre el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social han tenido las crisis económicas capitalistas, especialmente, la última que todavía padecemos, por mucho que desde determinados sectores oficialistas se hable de recuperación económica e incremento de empleo.

En términos sociales, no se puede afirmar que se ha recuperado el empleo porque el empleo recuperado no es tal. Es decir, no es el de antes sino un empleo asentado en la precariedad e incertidumbre. Un empleo basura.

El interrogante planteado en estas reflexiones sobre el Derecho penal del trabajo surge no tanto para cuestionarse su nivel académico o dogmático, en cuyo desarrollo han contribuido eminentes penalistas y iuslaboralistas, como los citados, así como, posteriormente, una legión de juristas que pueden encontrarse en los repertorios bibliográficos, sino para reflexionar sobre su realidad práctica y, sobre todo, su funcionalidad en la protección efectiva de los derechos individuales, colectivos y de seguridad social de los trabajadores.

Sirvan estas pequeñas reflexiones de homenaje al gran penalista, el Dr. TERRADILLOS ⁴³, que ha dedicado parte de su excelente producción científica a este campo mediante estudios que hoy día son un verdadero referente, por su calidad y aguda observación crítica.

II. ¿EXISTIÓ ALGUNA VEZ UN VERDADERO DERECHO PENAL DEL TRABAJO?

Cualquier reflexión sobre esta materia carecería de rigor si no se enmarcara en las crisis económicas capitalistas y en las reformas laborales que han llevado al desmantelamiento del Derecho del Trabajo, tal y como se concebía hace unas décadas ⁴⁴.

Es cierto que las crisis económicas capitalistas siempre han condicionado al Derecho del Trabajo ⁴⁵ y que, prácticamente, desde los albores del S. XX, vienen golpeando las conquistas laborales, nacidas precisamente gracias a la conflictividad laboral, es decir, a la lucha de clases, la lucha de la clase obrera frente al capital. Así, el binomio crisis económica/conflictividad laboral está inexorablemente unido.

A cada crisis económica, que tiene como consecuencias lo que gráficamente podría denominarse «zarpazos» al Derecho del Trabajo, le es inherente una legítima conflictividad laboral, producto de la reacción obrera frente al poder capitalista.

En sendos trabajos nuestros de los años 90 del pasado siglo abordamos cómo las reformas laborales de entonces vaciaban principios básicos del Derecho del Trabajo (v.gr. estabilidad en el empleo y negociación colectiva) al imponerse una legislación laboral que propiciaba la flexibilización e inestabilidad en el empleo y la desregulación dejando muy limitado el contenido normativo el delito contra la libertad y seguridad en el trabajo introducido en 1971 a través del art. 499 bis CP.

En efecto, en nuestro estudio «Reforma laboral y delito social: algunas contradicciones» ⁴⁶, analizábamos si los principios formulados por la doctrina laboral sobre la esencia del Derecho del Trabajo (tales como el de estabilidad en el empleo, el de norma más favorable y condición más beneficiosa, el de irretroactividad de las normas menos favorables, el de derecho mínimo necesario y el de *in dubio pro operario*) que se tuvieron en cuenta en la regulación penal del delito contra la libertad y seguridad en el trabajo del art. 499 bis CP (año 1971) habían cambiado por las reformas laborales posteriores y, en definitiva, si era factible una hermenéutica del precepto penal pensado para tutelar aquellos principios en un nuevo contexto jurídico laboral que ya no conservaba los mismos, para concluir que desgraciadamente las reformas laborales consecuencia de las crisis económicas vacían la capacidad protectora del Derecho Penal del Trabajo y permiten preguntarse por la verdadera utilidad del Derecho Penal como instrumento de protección jurídica de los intereses de los trabajadores frente a los intereses del capital.

Si esto es así en el ámbito de la relación individual de trabajo, cuando analizamos la cuestión desde la perspectiva de las relaciones colectivas de trabajo e incluso de la Seguridad Social, se observa que el Derecho Penal del Trabajo además de estar anclado en la pura desigualdad ⁴⁷, invierte su tendencia protectora de derechos colectivos fundamentales tan importantes como el derecho de huelga para castigar en lugar de proteger algunas manifestaciones de este derecho, como es la penalización de los piquetes laborales por la vía del delito de coacciones laborales.

En otro estudio nuestro titulado «Aspectos penales del derecho de huelga ante el cambio normativo» ⁴⁸, advertíamos como la protección penal del derecho fundamental del derecho de huelga no era coherente con el carácter fundamental de ese derecho colectivo ni contemplaba la dimensión colectiva de su ejercicio, atribuyendo el TS en la sentencia de la Sala 2ª de fecha 22 mayo 1986 en el delito de coacciones laborales (entonces, art. 496.2 y 3 CP) la protección de un bien jurídico protegido diferente al derecho de huelga como era la llamada «libertad de los trabajadores no huelguistas», bien jurídico que no debería entenderse protegido en estos tipos penales, que sólo protegen el derecho fundamental de huelga, tanto en su aspecto positivo como negativo, es decir, en su ejercicio como en los impedimentos para el mismo ⁴⁹.

En nuestro estudio ya citado «Los delitos contra la Seguridad Social: entre la corrupción pública y la privada. Algunas claves frente al tsunami de la crisis económica y las quiebras del principio de igualdad», decíamos sobre esta cuestión lo siguiente:

Con motivo de la crisis económica que padecemos aproximadamente desde el año 2006 ⁵⁰, si bien hay que reconocer que las crisis responden a períodos cíclicos de la economía propia del sistema capitalista siendo inherentes al mismo, sin que se pueda afirmar en modo alguno que constituyen una novedad, quisiera resaltar una intuición personal que se confirma con las conclusiones de eruditos estudios sociológicos ajenos ⁵¹.

Salvo las excepciones que siempre confirman las reglas, se llega a la siguiente conclusión: durante la crisis los ricos son más ricos y los pobres más pobres, mientras las clases medias siguen en esa indefinición singular de su especie, es decir, unos son más ricos y otros son más pobres.

Curiosa ecuación, que tampoco es ninguna novedad, en un sistema económico como el capitalista, que se rige, estructuralmente instalado en la desigualdad económica, por principios en los que el lucro o el beneficio económico son el único norte del sistema, al margen de la inteligente integración

en el mismo de elementos de política social, siempre subordinados a la política económica, que queda en último término al servicio del poder económico ⁵².

El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social no podía, ser tratado de otro modo en la crisis económica, es decir, desde el plano de la desigualdad. Y para confirmarlo ahí están las sucesivas reformas laborales ⁵³ que hacen irreconocible al Derecho protector de los derechos de los trabajadores, desde sus postulados dogmáticos más comprometidos con el Estado social y democrático de Derecho, lo que ha permitido a más de un ilustre iuslaboralista preguntarse si hubo alguna vez un Derecho de tal naturaleza ⁵⁴.

Concebido el Código Penal como la Constitución negativa, la protección penal de los derechos de los trabajadores y de la Seguridad Social ⁵⁵ discurre del mismo modo en el plano de la desigualdad, como lo atestigua el diferente tratamiento punitivo que reciben la protección de los ingresos y de los gastos de la Seguridad Social en relación con los delitos contra la Hacienda Pública u otros delitos patrimoniales, en orden a la fijación o no de cuantías mínimas para su persecución penal, como nos referimos en otro estudio nuestro ya citado, a raíz del breve comentario que hicimos de la reforma del delito contra la Seguridad Social operada por Ley Orgánica 7/2012, de 27 diciembre ⁵⁶ y de sus consecuencias prácticas en el campo de lo que viene denominándose delitos relacionados con la corrupción, en este caso, privada frente a la pública ⁵⁷, es decir, la cometida por agentes privados (empresarios y trabajadores) y no por agentes públicos (funcionarios o autoridades públicas).

Visto lo anterior, ¿cómo responde el Derecho Penal del Trabajo ante la emergencia social? La protección penal de los derechos de los trabajadores, en los que incluyo a la Seguridad Social, si bien ésta tiene matices diferenciadores no excluyente de un concepto global de Derecho Penal del Trabajo, acusa en gran medida la drástica reducción de estos derechos acometida mediante las sucesivas reformas laborales que se han instalado en la precariedad del empleo con la excusa de reducir el paro así como la relajación de los controles administrativos en los expedientes de regulación de empleo.

Siendo el Derecho Penal del Trabajo ⁵⁸ un Derecho Penal de normas en blanco, por remisión al bloque normativo laboral y de la Seguridad Social, resulta evidente que minorado este bloque *in peius* para el trabajador, se reduce también la protección penal del mismo, dejando de ser conductas prohibidas lo que antes lo eran e incluso pasando a ser conductas legales lo que antes eran conductas penales ⁵⁹.

En este sentido, el Derecho Penal del Trabajo ante la emergencia social de la crisis económica ha sido desnaturalizado, con pérdida sensible de su sentido protector de los trabajadores, para identificarse cada vez más con el verdadero carácter que le dio origen en calidad de norma simbólica o «*ad exhibendum*», que ya resaltó la doctrina en su día ⁶⁰.

En el ámbito colectivo del trabajo, el Derecho Penal del Trabajo es un fiel reflejo de la no asunción por el legislador penal del carácter fundamental del derecho de huelga con todas sus consecuencias, penalizando una expresión de este derecho como son los piquetes laborales a través del delito de coacciones laborales, actualmente recogido en el art. 315.3 CP/2015, desde un erróneo planteamiento del bien jurídico protegido al tratar de incluir en el mismo una supuesta «*libertad de trabajo*» cuando sólo se justificaría dicho precepto desde la perspectiva de la protección del derecho de huelga en su vertiente positiva, es decir, el ejercicio legítimo del derecho, que impide las conductas coactivas realizadas al amparo de dicho derecho ⁶¹.

En nuestro estudio «Crisis económica y criminalización de los piquetes en los conflictos laborales: claves para juristas» ⁶² concluíamos que el art. 315.3 CP/2010, que se mantiene en el CP 2015 con un penalidad más suave, era inconstitucional por vulnerar el derecho fundamental a la huelga.

Así las cosas, concluyendo, asistimos a un fenómeno paradójico en el Derecho penal del Trabajo, sobre cuya eficiencia o funcionalidad también se interrogó el profesor Terradillos ⁶³. Por un lado, se mantiene su fuerza represiva en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, especialmente, sancionando las mal llamadas coacciones laborales o piquetes de huelga al tiempo que, por otro lado, ha quedado desnaturalizado en las relaciones individuales y de seguridad social ⁶⁴, mediante las reformas laborales que han vaciado de contenido el carácter protector del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Por eso, me pregunto ¿existió alguna vez un verdadero Derecho penal del trabajo? o quizás, después de todos estos años, ¿lo que realmente pervive de ese Derecho penal es sólo la criminalización de los derechos colectivos de los trabajadores en lugar de su protección integral tanto en la relación individual, como en la colectiva y de la seguridad social?

Derecho penal del trabajo en Colombia

Alfonso Cadavid Quintero

Profesor de Derecho Penal

Universidad de EAFIT, Medellín, Colombia

Una de las características más sobresalientes de la personalidad de Juan Terradillos, es la coherencia entre sus convicciones y sus actuaciones, que siempre han supuesto un compromiso con el afianzamiento de la democracia, como lo ha evidenciado su trayectoria vital no solo en España desde antes de la transición a la democracia, sino en todos aquellos países a los que su actividad académica, siempre desinteresada y generosa, lo ha llevado.

Haciendo del respeto de las garantías de los ciudadanos frente al sistema penal el cimiento de toda su reflexión académica, Terradillos ha buscado siempre precisar el lugar en el que las estructuras de imputación de responsabilidad de la parte general del Derecho penal, o la criminalización de determinadas actividades sociales deben ser delimitadas. La del Derecho penal del trabajo es una de esas áreas, y en ella sus aportes han sido muy influyentes a uno y otro lado del océano. Como un reconocimiento a su magisterio y ejemplo y al influjo de su obra, las siguientes líneas sobre el alcance de la protección de los derechos de los trabajadores en el Derecho penal colombiano.

I. EL MARCO NORMATIVO GENERAL

Aunque ya en el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia resultado de la integración de los decretos 2663 y 3743 de 1950, todavía vigente se reconocían importantes derechos laborales en lo individual y en lo colectivo, la preservación del orden social y la seguridad ciudadana sirvió de pretexto no solo para la neutralización de aquellos, sino para la frecuente criminalización de múltiples derivaciones de los derechos reconocidos en el ordenamiento, como la huelga, la asociación sindical o la protesta social. La identificación entre actividad sindical y militancia comunista, justificó discursivamente severas represiones al ejercicio de derechos laborales⁶⁵, a través de los mecanismos de control social formal, pero también de los informales.

La Constitución colombiana de 1991, fue promulgada por una Asamblea Constituyente de la que hizo parte una de las varias organizaciones guerrilleras que sin ser la más numerosa tenía presencia notable en el país, y desmovilizada tras un proceso de negociación, tuvo una participación importante en la Asamblea, en un momento de mucho optimismo sobre el futuro del país. En ella se consagró un catálogo amplio de derechos fundamentales y sociales. Entre los primeros, el trabajo (al que el art. 25 considera también como una obligación social) y el derecho a escoger profesión u oficio y organizar colegios profesionales (art. 26). Entre los derechos sociales y económicos, el art. 48 reconoce la seguridad social como servicio público esencial y entre los arts. 53 a 57 se consagra una serie de derechos en el ámbito de las relaciones laborales relativos a las condiciones de trabajo, remuneración, negociación y protección de los trabajadores; a la formación; a la negociación colectiva; a la huelga, salvo y a la huelga, salvo en los servicios públicos esenciales; y a la participación en la gestión de las empresas.

La jurisprudencia laboral preconstitucional y en mayor medida la posterior a la Constitución, y la legislación misma de ambos períodos, posibilitaron una considerable progresividad en el reconocimiento o por lo menos con la enunciación de derechos derivados de las relaciones laborales, lo que sin embargo ha coexistido con la persistencia de las amenazas violentas, legales o ilegales, para el ejercicio de derechos laborales en determinados ámbitos; con altas tasas de informalidad laboral y sus efectos en la falta de acceso de los trabajadores de una serie de prestaciones de la seguridad social; o con los recortes legales de prestaciones laborales, que los ciclos económicos han propiciado en un país en el que el discurso que defiende la flexibilización de los derechos laborales como una condición necesaria para la creación de nuevos puestos de trabajo o para su formalización tiene mucho arraigo.

El Código penal vigente, promulgado en el año 2000, incluye un Capítulo destinado a la protección de la libertad de trabajo y asociación, en el que se prevén los delitos de violación de la libertad de trabajo, sabotaje y violación de los derechos de asociación y de reunión (arts. 198 a 200). Otras normas, en un contexto de pluriofensividad, tipifican hechos que pudieran resultar lesivos de los bienes jurídicos de los trabajadores, y en algunos casos también de los empresarios. Así por ejemplo se agrava el homicidio de miembros de una organización sindical (art. 104, nral. 10); o se tipifican la

violación del lugar de trabajo (art. 191), el acoso sexual (art. 210A, incorporado por mandato de la Ley 1257 de 2008), la explotación sexual (arts. 213 y ss.), delitos de discriminación (arts. ley 1752 de 2015), o se agrava la estafa que recaiga sobre los aportes a la seguridad social (art. 247, nral. 6).

La aparente amplitud del catálogo de normas legales que regulan las relaciones laborales consagrando derechos o imponiendo limitaciones, no ha entrañado una protección efectiva los actores de las mismas ⁶⁶—. En algunos casos porque la legislación no ha logrado trascender una eficacia en el mejor de los casos simbólica; y en otros, por la falta de coherencia de los preceptos legales.

Los apartados siguientes analizarán la necesidad de intervención penal en el ámbito objeto de estudio y las condiciones técnicas de la regulación de los delitos que hacen parte del mismo.

II. LA NECESIDAD DE TUTELA PENAL EN EL ÁMBITO DE LA LIBERTAD DE TRABAJO

En general los comportamientos previstos como punibles en la legislación penal colombiana en el ámbito de que se ocupan estas líneas dan lugar a la intervención de las autoridades administrativas y judiciales de lo laboral. Aunado a ello, la Constitución de 1991 en su art. 86 consagró la acción de tutela, a través de la cual los jueces ordinarios, como jueces constitucionales, están llamados a dispensar de manera expedita protección a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Para algunos, esta herramienta es la causa para renunciar a la búsqueda de otras vías judiciales, básicamente las ordinarias, para la solución de los conflictos que se presentan en relación con aquellos derechos, lo que sería especialmente perceptible en el ámbito de las relaciones laborales ⁶⁷—.

Pese a esa protección ya redundante de derechos fundamentales en el ámbito laboral, las normas penales que considerándolos bienes jurídicos les dispensan protección penal a tales derechos, confieren a los delitos el carácter de querellables, lo que implica que la persecución judicial solo se puede adelantar a instancia del afectado, que en cualquier momento puede desistir del trámite de la acción, por ejemplo, por la celebración de una conciliación entre las partes. En parte ello explica la escasez de pronunciamientos de la justicia penal en este ámbito: ante la posibilidad de una condena judicial y no obstante tratarse de delitos que no acarrear un riesgo alto de privación de la libertad, es frecuente que las partes del conflicto acepten celebrar acuerdos que neutralicen las posibles declaratorias de responsabilidad.

La redundancia de mecanismos de protección, pero también los escasos pronunciamientos de los Tribunales en este ámbito, obligan a preguntarse por el alcance de los principios de fragmentariedad y de subsidiariedad, en un Derecho penal que en un Estado que se anuncie como social de derecho pretenda cumplir su proyecto de ser la *ultima ratio* entre los mecanismos de control social.

Por lo pronto, habría que señalar que en caso de regulaciones redundantes, el injusto penal no debe ser idéntico en su contenido al extrapenal, en este caso administrativo o laboral, limitándose a reforzarlo con la amenaza de pena. El ilícito penal debe tener un *plus* de lesividad derivado de la forma como con él se afecta o perturba un bien jurídico, paradigma de la determinación de la dañosidad social del comportamiento delictivo ⁶⁸—.

Retomando un planteamiento antiguo de Terradillos tal afectación supone la perturbación de las posibilidades de satisfacción de las necesidades de los ciudadanos en sociedad ⁶⁹—, neutralizando además el riesgo de que la protección de bienes jurídicos se torne no en un principio limitador del *ius puniendi*, sino en un criterio que por vía de la prohibición de infraprotección justifique o avale la expansión del Derecho penal.

Establecer que hay una perturbación relevante de las condiciones de participación de los ciudadanos en el sistema social, si en torno a esta idea se perfila la dañosidad social del comportamiento, no siempre es fácil. El principio de proporcionalidad ofrece algunas herramientas de cara a ese objetivo, que permiten una relectura de los criterios de merecimiento de la protección penal y la necesidad de la intervención.

En desarrollo del principio de proporcionalidad la doctrina entiende que puede efectuarse un control de legitimidad a la intervención del legislador sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos según el cual

«la medida enjuiciada podrá considerarse válida siempre y cuando: 1) persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad; 4) exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida legislativa» ⁷⁰—.

De dicha comprensión del principio derivan como desarrollo los subprincipios de idoneidad,

necesidad y proporcionalidad en sentido estricto ⁷¹, que en sus desarrollos concretos suponen responder a las siguientes cuestiones, estrechamente conectadas entre sí: la primera es si resulta necesaria la intervención en contextos ampliamente regulados por otros sectores del ordenamiento jurídico; la segunda, si es necesaria la intervención en contextos en los que la escasa entidad de la dañosidad social parece ser uno de los criterios que llevan al Legislador a abstenerse de intervenir con penas privativas de la libertad, o con penas privativas de ese derecho pero de muy escasa entidad. La primera cuestión supone resolver si la intervención en esos ámbitos objeto ya de regulación por otros sectores del ordenamiento, supone un papel meramente simbólico de lo penal. Frente a ese escepticismo, cabe sin embargo proponer que dado que la libertad de trabajo y de creación de empresa son principios medulares de la organización social ordenada en nuestras constituciones tiene sentido una intervención penal proporcionada que garantice a los actores del mercado del trabajo que puedan concurrir a él en condiciones de libertad y de respeto a su autonomía ⁷². Ese sería el bien jurídico tutelado que justificaría la tipificación de los comportamientos en ese ámbito.

Si en comparación con otros hechos que entrañan una calificación como delictivos permite afirmar una menor gravedad en este ámbito tiene sentido preguntar si ante la imposición de penas que no han de conducir a la restricción efectiva de derechos fundamentales de los condenados, básicamente la libertad y mediante penas de prisión de larga duración, la intervención penal deviene innecesaria, resultando las medidas extrapenales suficientes a efectos de la prevención de los comportamientos lesivos ⁷³.

Es en este punto en el que la alusión a lo simbólico adquiere relevancia: la calificación de un hecho como delictivo tiene una significación especial para la comunidad por la carga comunicativa que ello entraña, al margen de la imposición efectiva de penas privativas o no de la libertad. Esa consideración es viable también en relación con los posibles infractores: un ciudadano puede valorar de manera distinta la gravedad de la falta que se le ha de atribuir si la misma tiene la carga que entraña su calificación como delito.

Por esa razón el argumento de que los códigos penales solo deberían prever penas graves, en general privativas de la libertad, resulta cuestionable: de un lado, porque haría que entonces se demande del Legislador incrementar la severidad de las sanciones para todos los hechos susceptibles de ser valorados como delictivos, imponiéndoles penas privativas de la libertad; y de otro lado, porque parece haber una mayor posibilidad de afrontamiento procesal de la cuestión criminal en términos de libertad de decisión, por ejemplo de cara a la reparación o la instauración de mecanismos de justicia restaurativa en general, si los actores del conflicto social pueden contar con la mediación de los órganos de lo penal sin la presión de la inminente privación de la libertad.

No parece entonces injustificada la intervención penal en la protección de la libertad de los actores de lo laboral en un Derecho como el colombiano que afronta formas tan graves de violación de los derechos fundamentales y de los bienes jurídicos de los ciudadanos.

La siguiente cuestión a analizar es la de si la tipificación de comportamientos por el Legislador colombiano resulta satisfactoria. A ello se dedicarán las líneas siguientes.

III. LAS PREVISIONES NORMATIVAS DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

Como ya se anunciara, el CP colombiano de 2000 tipifica en el Capítulo Octavo del Título III del Libro Segundo tres comportamientos que enuncia como lesivos de «la libertad de trabajo y asociación». El título III a su vez señala que el bien jurídico protegido es la «libertad individual y otras garantías», que pareciera tener una relación de género a especie con el bien jurídico que se mencionara en primer lugar.

El art. 198 tipifica la violación de la libertad de trabajo, castigando con pena de multa al que «mediante violencia o maniobra engañosa logre el retiro de operarios o trabajadores de los establecimientos donde laboran, o impida el libre ejercicio de la actividad de cualquier persona». La pena se agrava si la actuación tiene por resultado la suspensión o cesación colectiva del trabajo.

El art. 199 castiga como sabotaje el destruir, inutilizar, hacer desaparecer o dañar herramientas, bases de datos, soportes lógicos, instalaciones, equipos o materias primas, con el fin de suspender o paralizar el trabajo. Este hecho es sancionado con pena de prisión de 16 a 108 meses tras la entrada en vigencia de la Ley 890 de 2004, que previa a la vigencia de la Ley 906 del mismo año que introdujo en el país un proceso penal de corte acusatorio aumentó las penas de todos los delitos para que las rebajas de pena derivadas de los mecanismos de terminación anticipada del proceso no diera lugar a penas leves. También se prevé una agravación de la pena de producirse el efecto de suspensión o cesación colectiva del trabajo.

El art. 200 tipifica varios comportamientos: «impedir o perturbar una reunión lícita o el ejercicio de los derechos laborales»; «tomar represalias con motivo de huelga reunión o asociación legítimas». También «celebrar pactos colectivos en los que en su conjunto, se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados» respecto de las pactadas en convenciones con trabajadores sindicalizados de la misma empresa. Finalmente se consagran unas causales de agravación del hecho relativas básicamente a la condición en que se pone (indefensión o peligro para la vida, nral. 1; o amenazas de males a él o a su grupo familiar, nral. 3) o se encontraba el trabajador (persona discapacitada, gravemente enferma o mujer embarazada, nral. 2), o al medio empleado (engaño al trabajador, nral. 4).

El último artículo citado en su versión actual, producto de una reforma legal introducida por la Ley 1453 de 2011, fue una exigencia del Gobierno de los Estados Unidos durante la negociación de un Tratado de Libre Comercio con Colombia.

Si se defiende el valor del bien jurídico como elemento de interpretación y de crítica del tipo penal debe señalarse que la determinación por el Legislador de un bien jurídico de carácter individual como objeto de protección, limita en una medida importante el alcance de las figuras.

Antes de ocuparse del alcance de cada uno de los tipos penales, cabe llamar la atención sobre el hecho de que el tipo de violación a la libertad de trabajo sanciona a quien no permita al empresario el desarrollo de su actividad y que en el tipo de sabotaje, el Legislador protege por vía penal no solo los derechos de los trabajadores, sino también de quienes a través de los bienes de los que son titulares de bienes, posibilitan las relaciones de trabajo. Esa extensión de la tutela penal al derecho de asociación de los empresarios no parece tener cabida en el art. 200 del C. Penal, coincidiendo en ello con la regulación española, cuya interpretación ha permitido manifestar a Terradillos que

«La libertad sindical es un derecho que corresponde en exclusiva a los trabajadores, de forma que el asociacionismo empresarial queda excluido del concepto definido en el art. 28.1 CE» ⁷⁴ —.

En un análisis particularizado de cada uno de los tipos penales, Posada Maya ⁷⁵ toma distancia de que haya un único bien jurídico, coincidente con el enunciado por el Legislador en relación con los tipos, destacando la pluriofensividad de los delitos, de manera que haría necesaria también la protección de bienes jurídicos de carácter colectivo. Esta cuestión es especialmente importante como se verá en relación con el delito previsto en el art. 200 de violación de derechos de asociación o de reunión.

En lo que a las particularidades de los comportamientos para efectos de su relevancia penal respecta, tiene sentido que la tutela de la libertad de trabajo se dispense en relación con comportamientos desplegados mediante violencia o engaño. Y llama la atención que un comportamiento como el de sabotaje tenga un marco penal (prisión de 1 a 6 años antes de los incrementos de la Ley 890 de 2004) prácticamente idéntico al del daño en bien ajeno (de 1 a 5 años de prisión), solo con un pequeño incremento en el máximo de pena posible para el primero, lo que no resulta coherente dada la pluriofensividad del atentado contra la libertad de trabajo.

Ahora unas consideraciones particulares sobre el delito de violación de los derechos de reunión y asociación. En primer lugar, resulta muy problemática la criminalización del impedir o perturbar, sin más, los derechos que conceden las leyes laborales. Una comprensión literal del primer enunciado del tipo no permitiría identificar lo que es propio del comportamiento en cuanto penalmente relevante.

En segundo lugar, parece clara la pretensión de salvaguardar el derecho de asociación en su manifestación de formación de sindicatos. Por esa razón se considera penalmente relevante que se acuerden mejores condiciones en los pactos colectivos con trabajadores no sindicalizados, que las acordadas en convenciones colectivas con los sindicatos. La cuestión genera una serie de problemas que no parece que jurisprudencia o doctrina hayan resuelto de manera satisfactoria si es que se los han planteado.

La primera tiene que ver con los efectos de la frecuente renuencia de los sindicatos a denunciar las convenciones colectivas a efectos de la celebración de una nueva. Ante la disposición del empleador para negociar convenciones con los sindicatos y pactos colectivos que establezcan las condiciones y beneficios de los trabajadores no sindicalizados en relación con acuerdos anteriores en uno y otro caso, una estrategia a la que en Colombia han recurrido algunos sindicatos ha consistido en la renuncia a promover nuevas convenciones en la medida que las antiguas prevén sistemas automáticos de actualización de los beneficios.

La protección de la libertad de afiliación a los sindicatos a través de la prohibición de los comportamientos que se pretende desestimular, hace comprensible que se proteja de manera especial

las condiciones de negociación con los sindicatos. Queda la duda de si ante la renuencia sindical a negociar la protección penal llega hasta el punto de castigar cualquier comportamiento que mejore las condiciones de los no sindicalizados, incluso en organizaciones en las que se constata una decisión mayoritaria de los trabajadores de no vincularse a los sindicatos, por razones ajenas a cualquier incidencia sobre la voluntad de los trabajadores.

La segunda cuestión relevante es que el Legislador no especifica lo que se entiende por «mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados». No parece que el ámbito de la prohibición llegue al punto de impedir que en toda situación los beneficios de los trabajadores no sindicalizados sean inferiores a los pactados con los sindicatos en beneficio de sus afiliados. Por el contrario, ello debería suponer una cuantificación de los costos que al empresario representa el ofrecer a los trabajadores sindicalizados y a quienes no lo están. Esta fórmula sin embargo, tiene la dificultad de la existencia de beneficios no necesariamente cuantificables en dinero: días de vacaciones, permisos por paternidad o para la práctica deportiva por ejemplo.

Otro problema a resolver es el derivado de la convocatoria a Tribunales de Arbitramento en los casos en que las partes de una convención colectiva (empleador y sindicato) no alcanzan acuerdos acerca de las condiciones de renovación de la misma. Si eventualmente el Tribunal impone condiciones más desfavorables para los trabajadores sindicalizados, la problemática derivada de ello deberá decidirse en sede de la justicia laboral, pero no parece que se deba tratar como un comportamiento penalmente relevante.

Finalmente, existe un problema de autoría. Se establece que el comportamiento punible es la celebración de pactos colectivos más favorables en sus términos que las convenciones colectivas, lo que podría condicionar a los trabajadores a no afiliarse a los sindicatos. La responsabilidad por este no necesariamente ha de ser del empresario, sino de quien negocie en su nombre. La responsabilidad del empresario supone constatar que de alguna manera tenía dominio sobre los términos en que se celebró la negociación, caso en el cual tendrá vocación de coautoría con quien haya negociado en su nombre.

IV. CONCLUSIÓN

La comparación con las normas de otros ordenamientos jurídicos impone atender las particularidades sociales en que se desarrolla cada uno de ellos. Esas diferencias sociales no obstan a señalar que la intervención penal en el ámbito del trabajo en Colombia, siendo pertinente como lo han demostrado las elaboraciones del homenajeado, desatiende realidades que en otros ordenamientos han ameritado con razón, un énfasis considerable. Como adicionalmente se trata de una legislación confusa y contradictoria, sería conveniente una revisión de la misma.

Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa?

Eduardo Ramón Ribas

Catedrático Acreditado de Derecho Penal

Universitat de les Illes Balears

I. DERECHO PENAL DEL TRABAJO... Y JUAN M. TERRADILLOS BASOCO

Son muchos, prácticamente innumerables, los temas penales que han ocupado la atención de mi estimadísimo, muy admirado por su magisterio y entrañable en lo personal, Juan TERRADILLOS BASOCO. Pero, sin duda, uno de los temas estrella, si se me permite la expresión, es el de los «Delitos contra los derechos de los trabajadores». Su herencia en este ámbito del Derecho Penal es extraordinaria ⁷⁶. Identificar en España el «Derecho Penal del Trabajo» con la obra de TERRI no es difícil; antes al contrario, es casi una obligación.

El tema elegido para su desarrollo en este breve trabajo se enmarca, por tanto, en dicho contexto: no se trata, sin embargo, y la tentación existe, de reflexionar sobre una concreta figura delictiva de las comprendidas en el Título XV (*De los delitos contra los derechos de los trabajadores*) del Libro II del Código Penal, título comprensivo de los artículos 311 a 318, sino de preguntarse si las empresas, en tanto personas jurídicas, pueden ser consideradas autoras de dichas infracciones o, dicho de otro modo, si pueden incurrir en responsabilidad criminal.

II. EL ART. 31 BIS DEL CÓDIGO PENAL: EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA

Una de las grandes novedades introducidas por la importante reforma del Código Penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, fue, sin duda, el reconocimiento de la capacidad criminal de las personas jurídicas en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 bis, introducido por la citada Ley Orgánica 5/2010, y objeto de una importante reforma por la Ley Orgánica 1/2015, que ha completado

la regulación de dicha capacidad criminal con la adición de los artículos 31 ter, 31 quater y 31 quinquies, y con la reforma del artículo 66 bis.

El reconocimiento de la capacidad criminal de las personas jurídicas es, no obstante, limitado: no se reconoce su capacidad genérica de cometer delitos, cualquiera, por tanto, de los tipificados en el Código Penal o en leyes penales especiales, sino, únicamente, « *en los supuestos previstos en este Código*», dice el citado art. 31 bis. La posible atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas se circunscribe, en concreto, al siguiente catálogo de delitos (al que es preciso añadir el delito de contrabando, conforme dispone el artículo 2.6 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando):

Art. 156 bis Tráfico ilegal de órganos humanos (1)

Art. 177 bis Trata de seres humanos (2)

Art. 189 bis Prostitución, explotación y corrupción de menores (3)

Art. 197 quinquies Descubrimiento y revelación de secretos (4)

Art. 251 bis Estafas (5)

Art. 258 ter Frustración de la ejecución (6)

Art. 261 bis Insolvencias punibles (7)

Art. 288 Propiedad intelectual, propiedad industrial, mercado y consumidores (8)

Art. 302 Blanqueo (9)

Art. 304 bis Financiación ilegal de partidos políticos (10)

Art. 310 bis Hacienda pública y seguridad social (11)

Art. 318 bis Derechos de los ciudadanos extranjeros (12)

Art. 319 Ordenación del territorio (13)

Art. 328 Recursos naturales y medio ambiente (14)

Art. 343 Energía nuclear y radiaciones ionizantes (15)

Art. 348 Riesgo provocado por explosivos y otros agentes (16)

Art. 366 Salud pública (17)

Art. 369 bis Salud pública (Favorecimiento consumo ilegal drogas) (18)

Art. 386 Falsificación de moneda (19)

Art. 399 bis Falsificación tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (20)

Art. 427 bis Cohecho (soborno) (21)

Art. 430 Tráfico de influencias (22)

Art. 510 bis Discriminación y otros (23)

Art. 576 Terrorismo (24)

La lista de delitos susceptibles de comisión por parte de las personas jurídicas es muy generosa; aunque no pueden cometer gran número de delitos por no existir previsión legal en dicho sentido, la lista es, en efecto, muy amplia. En ella no aparecen, sin embargo, los delitos contra los derechos de los trabajadores.

Sorprende que el legislador de 2010, que reconoció, por fin, como hemos visto, mediante la Ley Orgánica 5/2010, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en España, limitándola, eso sí, a *los supuestos previstos en este Código* (y, por tanto, no con carácter general), no la previera expresamente para este grupo delictivo, el de los delitos contra los derechos de los trabajadores, en los que lo habitual será, precisamente, la intervención de personas jurídicas.

A falta de previsión expresa en dicho sentido, las personas jurídicas seguirán, pese a tener capacidad para cometer delitos, sin poder cometer los previstos en los artículos 311 a 317. En tales casos, como establece el artículo 318, será preciso, como veremos, centrar la depuración de responsabilidades en determinadas personas jurídicas.

III. EL ART. 318 DEL CÓDIGO PENAL: LA ATRIBUCIÓN DE LOS HECHOS TIPIFICADOS COMO DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES A PERSONAS JURÍDICAS

Finalizada la tipificación de delitos contra los derechos de los trabajadores, el artículo 318 CP, último de los que integran el mencionado Título XV, dispone que « *cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código*».

Aunque la lectura de este precepto ha generado en algún caso cierta confusión, su tenor, al menos en

su primera declaración, no arroja dudas: pese a ser susceptibles unos determinados hechos de ser atribuidos, *prima facie*, a personas jurídicas, la responsabilidad penal sólo será posible exigirla a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los hechos y a quienes, conociendo dichos hechos y pudiendo evitarlos, no hubieran adoptado medidas para ello.

Como explican VILLACAMPA ESTIARTE/SALAT PAISAL⁷⁷, esta primera previsión del artículo 318 tiene como finalidad permitir hacer responsable penalmente a una persona física no cualificada en delitos especiales previstos en el Título XV del Libro II del CP, en los que el autor en principio sólo puede serlo el empresario, y con ello solventar el escollo que representa hacer responder al «extraneus» por un delito especial en el que la cualificación corresponda a una persona jurídica. Advierten estos autores que si bien el art. 318 supuso respecto del art. 499 bis CP/1973, su antecedente legal, algunas mejoras en la redacción (como, por ejemplo, no hablar de hechos «realizados» por personas jurídicas, sino de hechos «atribuidos» a las mismas, que es más correcto, puesto que la persona jurídica en sí no realiza hechos, estos los hacen sus órganos que, con su actuar atribuyen hechos a la misma), la práctica unanimidad de la doctrina se mostró, sin embargo, contraria a la subsistencia del precepto mismo tras la introducción en el Código, a través de la reforma de 1983, del artículo 15 bis CP/1973, que disciplinaba el actuar por cuenta de una persona jurídica. «*Después de la aparición de aquel, la regla específica contenida en el artículo 499 bis "in fine" CP/1973 no era más que una excepción distorsionadora al régimen general. Si ya entonces la subsistencia de aquel párrafo era distorsionadora, la inclusión del artículo 318 CP*» no sólo era innecesaria sino que «*incluso empeoró la situación previa*». «*Por todo ello*», en fin, «*quizá hubiera sido mejor que el legislador de 1995 no hubiera contemplado esa regla específica, remitiendo al artículo 31 CP la solución de los casos que en él se incluyen*»⁷⁸.

La imposición de las penas correspondientes a los citados sujetos, todos ellos personas físicas, no impide, sin embargo, una segunda respuesta penal: acto seguido dispone el mismo art. 318 CP que *en estos supuestos* (es decir, cuando los hechos se atribuyan a personas jurídicas) *la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 129 de este Código*. ¿Qué establece dicho art. 129 CP?

En el primero de los tres apartados que lo conforman, dispone el referido art. 129 que «*en caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita*».

«*Las consecuencias accesorias a las que se refiere el apartado anterior*» (es decir, suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años; prohibición temporal --no superior a cinco años-- o definitiva 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, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años; 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), sigue diciendo el art. 129, «*sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas*». Se establece, como sucede en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un sistema de *numerus clausus*.

La segunda regla establecida por el artículo 318 resulta, tras la aprobación de la referida Ley Orgánica 5/2010, de imposible aplicación. Dicha regla prevé, como he explicado, la posible imposición a las personas jurídicas de alguna de las medidas contra ellas previstas en el artículo 129 del Código Penal. Este precepto fue modificado por la referida LO 5/2010 y las medidas que actualmente prevé no son imponibles ya a personas jurídicas, sino a entes colectivos sin personalidad jurídica. El legislador, obviamente, olvidó corregir el artículo 318.

En efecto, el artículo 129 preveía antes de su modificación en 2010 la imposición de una serie de consecuencias, denominadas *accesorias*, a las personas jurídicas, las cuales no tenían aún reconocida

su capacidad criminal. Dado que no podían sufrir la imposición de penas, el artículo 129 permitía imponer otras medidas preventivas a fin de evitar que las personas jurídicas fueran utilizadas para la comisión de delitos.

Reconocida la capacidad criminal de las personas jurídicas (aun cuando sólo fuere, como dispone el artículo 31 bis del Código Penal, en los supuestos concretos previstos en dicho código) y aprobado un conjunto de penas a ellas aplicables, se estimó que el *antiguo* artículo 129 resultaba innecesario: si antes, no reconocida aún la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, autorizaba imponerles ciertas consecuencias adjetivadas como *accesorias*, facilitando así su sumisión, aun precaria, al Derecho Penal, el reconocimiento de tal responsabilidad deja sin sentido un precepto que sólo tenía como fin introducir un conjunto de medidas que, *de algún modo*, y a falta de responsabilidad criminal, las alcanzaran. Ahora existe ya un *modo* mucho más elaborado y característico del Derecho Penal para lograr tal fin: las penas.

¿Por qué no se ha derogado el artículo 129? ¿Cuál es su función actual? Puesto que el reconocimiento de la capacidad criminal se asocia a la personalidad jurídica, sólo quienes la posean, ya fueren personas físicas o jurídicas, podrán merecer la imposición de penas, haciéndose preciso prever otras consecuencias distintas para actuar contra entes sin personalidad. Se reproduce, por tanto, una situación análoga a la que motivó la inclusión en el CP del artículo 129: antes sólo podían cometer delitos las personas físicas y, por ello, se hizo preciso introducir las medidas contra personas jurídicas reguladas en el artículo 129 para actuar, *de algún modo*, contra ellas. En ese momento, todo sea dicho, el derecho penal no tenía en mente actuar contra entes colectivos carentes de personalidad jurídica, pues su *problema* era, precisamente, que no se podía actuar contra los que sí la tenían.

Con el reconocimiento de la capacidad criminal de las personas jurídicas, el *viejo* artículo 129 deja de resultar necesario (en realidad, se opina, *sobra*, por lo que debe eliminarse), pero entonces surge la preocupación por la *actividad criminal de las entidades colectivas sin personalidad jurídica*: ¿debe intervenir el derecho penal? Propiamente no puede hablarse *de la* actividad criminal de estas entidades o agrupaciones de personas, pues, no reconocida su capacidad criminal, asociada a la personalidad jurídica, no pueden cometer delitos, pero sí de la actividad criminal que se produzca *en* ellas, *a través de* ellas o *gracias a* ellas. El Derecho Penal, como ha sucedido hasta ahora (o, más exactamente, hasta la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio), podría haberse mantenido inactivo, dejando que fueran otras disciplinas jurídicas las que se ocupasen, en su caso, del tema.

El legislador de 2010, sin embargo, estimó que era precisa la intervención penal en esta materia e introdujo, por ello, un conjunto de consecuencias, distintas de las características del Derecho Penal (esto es, las penas y medidas de seguridad), dirigidas específicamente contra «empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código». Y las ubicó en el espacio que dejaron libre las antiguas medidas contra personas jurídicas: el artículo 129 del Código Penal.

Como puede apreciarse, el artículo 318, e insisto en ello, debió derogarse o modificarse, sin que actualmente tenga aplicación lo dispuesto en su segunda regla.

En el mismo sentido se expresan los autores antes citados, VILLACAMPA ESTIARTE/SALAT PAISAL ⁷⁹. Afirman estos autores que sorprende que el art. 318 no haya sido modificado, en primer término, por la LO 5/2010 y, en defecto de dicha reforma, por la LO 1/2015, manteniéndose así la previsión de que se impongan consecuencias accesorias del art. 129 CP en los supuestos en que los delitos sean cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén contempladas en el art. 31 bis CP. «*Con ello*», concluyen dichos autores, «*tenemos que un precepto, incorporado por disposición del legislador de 2003 y que parece que por mero olvido no ha sido modificado ni en 2010 ni en 2015, que permite hacer responder por cualquiera de los delitos contra los derechos de los trabajadores cometidos en su seno --aun cuando la razón de su inclusión atendiera exclusivamente a la lucha contra el tráfico de personas-- a las empresas, organizaciones, grupos o cualquier clase de entidades o agrupaciones siempre que estas no tengan personalidad jurídica, pero no en aquellos casos en que efectivamente estas la tengan, pues la remisión que el precepto efectúa es únicamente a las consecuencias accesorias del art. 129, no a los criterios de imputación de delitos previstos para las personas jurídicas en el art. 31 bis CP ni a las penas para ellas previstas en el art. 33.7 CP*» ⁸⁰.

IV. ¿PUEDE COMETER UNA PERSONA JURÍDICA, UNA EMPRESA, DELITOS

CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES?

1. Sentencia, de conformidad, núm. 225/2016, de 3 de octubre, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Castellón

En el apartado anterior hemos concluido que, en ausencia de previsión penal en tal sentido, las personas jurídicas seguirán, pese a tener capacidad para cometer delitos, sin poder cometer los previstos en los artículos 311 a 317.

No lo entendió así, sin embargo, la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Castellón en su Sentencia, de conformidad, núm. 225/2016, de 3 de octubre.

En efecto, dicha Sección 2ª vio en juicio oral y público la causa Rollo de Sala núm. 30/2016, instruida por el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Castellón, seguida por un delito contra los derechos de los trabajadores, contra Dª Dolores y contra la mercantil CELEBRITY GASTRONÓMICA S.L.

En sus ANTECEDENTES DE HECHO explica dicha sentencia lo siguiente:

« PRIMERO.- En sesión que tuvo lugar el día 3 de octubre de 2016 se celebró ante este Tribunal juicio oral y público en la causa instruida con el núm. 32/2015, por el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Castellón.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal y la representación y dirección letrada de las acusadas Dª Dolores y la mercantil CELEBRITY GASTRONÓMICA presentaron escrito de calificación conjunta con el siguiente contenido: los hechos objeto de la presente causa son constitutivos de un delito contra los derechos de los trabajadores, previsto y penado en el ART. 311.2º b) del CP , en la redacción dada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre acusando como responsable criminalmente de los mismos a Dª. Dolores en concepto de autora conforme a los artículos 27 y 28 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 6 MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y a la pena de 6 MESES DE MULTA con una cuota diaria de 6 EUROS, con el apercibimiento de la responsabilidad subsidiaria que para caso de impago que prevé el art. 53 del Código Penal . Y acusando a la mercantil CELEBRITY GASTRONÓMICA S.L.», para la que solicitó « una pena de 6 MESES DE MULTA con una cuota diaria de 30 EUROS, con el apercibimiento de la responsabilidad personal subsidiaria que para caso de impago que prevé al art. 53 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) .

Ambas acusadas son responsables del pago de las costas de acuerdo con el artículo 123 del Código Penal .

TERCERO.- El anterior escrito fue ratificado en audiencia pública el día 3 de octubre de 2016 por parte de Dª. Dolores y D. Belarmino en su condición que acreditó con escritura notarial de legal representante de la mercantil CELEBRITY GASTRONÓMICA S.L., conformándose».

La sentencia que ahora nos ocupa consideró PROBADOS, en virtud de la conformidad alcanzada, los siguientes HECHOS:

« ÚNICO.- La acusada Dolores, actuando como administradora única de la mercantil CELEBRITY GASTRONÓMICA, S.L., con domicilio social y de actividad sito en la calle Juan Pablo II, nº 33 de la localidad de Castellón, dedicada a la actividad económica de restauración, contrató a 10 trabajadores para un evento que debía celebrarse el día 8 de febrero de 2014 en el centro de trabajo anteriormente citado sin haber solicitado su alta en el Régimen General de la Seguridad Social con carácter previo a la prestación de servicios. Así, sobre las 21:05 horas del día 8 de febrero de 2014 Funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se personaron en el restaurante ubicado en la calle Juan Pablo II, nº 33 de la localidad de Castellón, comprobando que en el mismo se hallaban trabajando 11 trabajadores, de los cuales 10 de ellos no figuraban dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, siendo estos los siguientes: Trinidad, Zulima, María Consuelo, Joaquín, Ariadna, Modesto, Oscar, Cristina, Elvira y la propia Dolores».

El contenido de los FUNDAMENTOS DE DERECHO y del FALLO es el siguiente:

«PRIMERO.- A la relación de hechos probados se ha llegado habiendo partido del principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 24 de la Constitución y su consiguiente necesidad de un mínimo de actividad probatoria; y en base a la conformidad del acusado vertida al inicio de la vista oral, lo que vincula al Tribunal en los términos establecidos en el artículo 787.4 y 6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y los términos perfilados por la doctrina del Tribunal Supremo que en sus Sentencias de 1 de marzo de 1988 y 21 de junio de 1989, entre otras, dejó establecido que la conformidad del acusado respecto de la acusación excepciona el principio de oficialidad al darse eficacia a un acto dispositivo de las partes, que viene a plasmarse, por mor de dicha conformidad, en un convenio que vincula al Tribunal en un doble sentido el de atenerse al título de imputación

delictiva aceptado --vinculatio criminis--; y a imponer la pena solicitada o, al menos, no rebasarla --vinculatio poena--. Y tan importante concesión al principio dispositivo exige la doble garantía, cumplida en la presente causa, de que en la conformidad concurren tanto el procesado como su Letrado Defensor, por determinación de los artículos 655 y 688 y siguientes, así como los artículos 787.4.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LA LEY 1/1882).

Los hechos probados son legalmente constitutivos de un delito contra los derechos de los trabajadores, previstos y penado en el ART. 311.2º b) del CP, en la redacción dada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre.

SEGUNDO.- De dicho delito son criminalmente responsables en concepto de autores las acusadas D^a. Dolores y la mercantil CELEBRITY GASTRONÓMICA, S.L., con arreglo a los artículos 27, 28, 31 bis.1.a), 66 y 68 del Código Penal.

TERCERO.- En la realización del expresado delito no han concurrido circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

CUARTO.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los criminalmente responsables de todo delito o falta lo son también por las costas.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación y en concreto los artículos 1, 2, 5, 10, 15, 27, 28, 35, 39, 55, 56, 57, 61, 62, 63, 70, 71, 75, 76, 109, 123 y 127 del Código Penal:

FALLAMOS

DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D^a. Dolores como autora del delito contra los derechos de los trabajadores ya definido, sin concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal a la pena de PRISIÓN de 6 MESES, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y a la pena de 6 MESES DE MULTA con una cuota diaria de 6 EUROS, con el apercibimiento de la responsabilidad subsidiaria que para caso de impago que prevé el art. 53 del Código Penal.

DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A LA MERCANTIL CELEBRITY GASTRONÓMICA S.L., como autora del delito contra los derechos de los trabajadores ya definido, sin concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal a la pena de 6 MESES DE MULTA con una cuota diaria de 30 EUROS, con el apercibimiento de la responsabilidad personal subsidiaria que para caso de impago que prevé al art. 53 del Código Penal.

Se condena a las acusadas al pago de las costas de la presente causa, a D^a. Dolores y a la mercantil CELEBRITY GASTRONÓMICA S.L., por mitad.

Firme que sea la presente dese cuenta al Registro Central de Penados y Rebeldes.

Cúmplase lo dispuesto en el art. 248.4 de la LOPJ para comunicación de la sentencia a los afectados.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos».

2. Sentencia núm. 121/2017, de 23 de febrero, de la Sala 2ª, de lo Penal, del Tribunal Supremo

Aunque una sentencia dictada por conformidad de las partes vincula, como se explica en la sentencia, al Juez o Tribunal, no puede éste, sin embargo, dictar resoluciones injustas, como sucede en el presente caso, pues el Código Penal no prevé la responsabilidad penal de las empresas por delitos contra los derechos de los trabajadores.

Esto último lo subraya el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, en su Sentencia 121/2017, de 23 Feb. 2017 (ponente Monterde Ferrer, Francisco). En el Fundamento de Derecho Segundo de esta sentencia se explica ello con toda claridad.

« El segundo motivo se funda en quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3 LECr.

1. Se alega que en la sentencia no se resuelve nada sobre la circunstancia de que "Paradela Restauración SL" no haya sido acusada como entidad obligada a cursar el alta de las personas consideradas trabajadoras, los hechos y la responsabilidad por tal omisión. Y se llama la atención sobre que fue a dicha mercantil, y no al recurrente como administrador de la misma, a la que sancionó la inspección de trabajo por la falta de alta de las trabajadoras, como consta en el acta obrante a los folios 23 a 30.

2. El art. 851.3 de la LECr, señala que: "También podrá interponerse el recurso de casación por la misma causa, cuando no se resuelva en ella (la sentencia) sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y de la defensa".

3. El recurrente parte de un planteamiento equivocado. Ya vimos los términos en que la defensa del recurrente planteó sus conclusiones provisionales y definitivas. Además, la entidad Paradela SL. no

puede ser acusada por este delito a tenor del art. 31 bis CP. El art. 318 no se remite al art. 31 bis. Lo que hace --mediante una cláusula que está vigente desde la LO 11/2003 y por ello con anterioridad a que se implantase la responsabilidad penal de las personas jurídicas por LO 5/2010-- es permitir la atribución de la pena en tales casos a los administradores y que quepa imponer alguna de las medidas del art. 129 CP a la persona jurídica; pero ésta no puede ser acusada como responsable penal.

Dice así el art. 318 CP: "Cuando los hechos previstos en los artículos de este título (Título XV, de los delitos contra los derechos de los trabajadores) se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código".

De hecho, ha sido frecuente la crítica doctrinal sobre la no inclusión de los delitos contra los derechos de los trabajadores en el listado de delitos en los que cabe opere el art. 31 bis.

La sentencia sí que resuelve esta cuestión. Condena al recurrente y ello pese a que nadie acusó a la persona jurídica.

Además, --como apunta el Ministerio Fiscal-- la responsabilidad penal de la persona jurídica no condicionaría la de la persona física, ni viceversa conforme a los (arts. 31 bis y ter) CP. Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado».

Pesca ilegal y contratación de trabajadores extranjeros: la Sentencia Varepi

Inma Valeije Álvarez

Profesora Titular de Derecho Penal

Universidad de Vigo

I. INTRODUCCIÓN

La vinculación entre pesca ilegal y explotación laboral en el sector pesquero es un tema demasiado amplio y complejo, preciso de múltiples matizaciones, que impiden pronunciarse con un mínimo de rigor académico en el breve espacio que imponen muy razonablemente las normas de edición del Libro Homenaje a la trayectoria del Profesor Juan Terradillos; no obstante, pensando por donde podría discurrir mi contribución a la obra, me ha parecido oportuno poner el foco de atención sobre las precarias condiciones laborales de los trabajadores del sector de la pesca de altura o larga distancia. Un asunto que soy consciente que no escapa a las preocupaciones del Prof. Juan Terradillos autor de referencia de lo que hoy conocemos como Derecho Penal del Trabajo.

A continuación tras la breve, pero necesaria, introducción sobre las prácticas a las que da cabida la expresión pesca INDNR (o pesca IUU por sus siglas en inglés) y una muy breve referencia a la normativa comunitaria en materia de Política Pesquera Común, que necesariamente ha determinado cambios en el derecho interno obligando al Estado español a dotarse de un conjunto normativo para la prevención y persecución de aquellas prácticas en toda la cadena de valor del pescado, procederemos a llamar la atención sobre el profundo vínculo existente entre pesca ilegal y prácticas laborales abusivas e inaceptables.

II. LA EXPRESIÓN PESCA INDNR Y SU IMPACTO EN LA NORMATIVA COMUNITARIA DE POLÍTICA PESQUERA COMÚN

La pesca ilegal, no declarada, o no reglamentada (INDNR) se ha convertido en una de las mayores amenazas para la explotación y comercialización sostenible de los recursos acuáticos vivos y para la biodiversidad marina, y contraviene tanto los principios que rigen la Política Pesquera Común como los esfuerzos internacionales por alcanzar un mejor gobierno de los mares y océanos, de acuerdo con los principios fijados en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y el Plan de Acción Internacional contra la pesca INDNR adoptado por la FAO en 2008, así como de manera más reciente por los principios y orientaciones de Desarrollo Sostenible desplegados por la Asamblea de Naciones Unidas en la Agenda 2030.

La expresión pesca ilegal, no documentada y no reglamentada o INDNR suele utilizarse para designar una gran variedad de actividades pesqueras que violan todo tipo de normas en materia de gestión de recursos marinos vivos. Incluye actividades ilícitas tales como pescar sin permiso o fuera de temporada; utilizar artes ilegales de pesca; no respetar las cuotas de captura asignadas; la captura de especies prohibidas o sujetas a una moratoria o que no han llegado a la madurez autorizada; no haber cumplido con la obligación de registrar y dar información sobre las capturas o datos relacionados con las capturas, incluidos los datos que deben transmitirse por el sistema de localización por satélite. Además, puede también conceptuarse como pesca ilegal cualquier otra

actividad relacionada con la pesca como actividad económica desde el desembarque hasta que la misma llega a las cadenas finales de producción (por ejemplo, conservas, elaboración de piensos o medicamentos), comercialización o consumo, en definitiva toda la cadena de valor por la que atraviesa la pesca.

Hay un denso tejido de normas internacionales y disposiciones de distinto alcance que conforman un marco jurídico plural destinado a erradicar la pesca INDNR. Destaca la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, aprobado en Montego Bay el día 10 de diciembre de 1982, de la que España y la Unión Europea son partes contratantes, y el Plan de Acción Integral --INDNR de la FAO--. Este último documento establece las distintas actividades que se aglutinan en la pesca INDNR:

- Pesca ilegal: aquella actividad pesquera que se desarrolla en una Zona Económica Exclusiva (ZEE) sin licencia del Estado costero o sin respetar su normativa. Si se realiza en Alta mar, es la que tiene lugar sin licencia de la OROP (Organizaciones regionales de ordenación pesquera) competente o sin respetar sus normas de gestión ni las leyes nacionales ni las obligaciones internacionales.

- Pesca no declarada: cualquier actividad de pesca debe ser declarada al Estado del pabellón y a la autoridad competente del lugar en que se faena, ya sea el Estado costero en una Zona Económica Exclusiva o a una OROP en alta mar. Si no se realiza esta notificación, la pesca es no declarada --o no documentada-- y no es posible contabilizar sus capturas en el marco de una gestión de los recursos y, en consecuencia, impide crear modelos de análisis fiables y evaluar sus efectos.

- Pesca no reglamentada: la pesca que se lleva a cabo en una zona de alta mar cubierta por una OROP por un buque de un Estado que no es miembro de esta OROP o la realizada por un buque sin nacionalidad y que no respeta sus normas de gestión. Se trata igualmente, de la pesca de las poblaciones de las zonas de alta mar no sometidas a normas de gestión en materia de conservación de los recursos pesqueros derivadas del derecho internacional.

Se trata de una definición extremadamente amplia, por lo que requiere una labor de concreción y precisión delimitar correctamente el ámbito de su transposición a la legislación interna. Prácticamente cualquier irregularidad o infracción de las normas reguladoras de la pesca podrían considerarse pesca INDNR ⁸¹.

La simple inexactitud en la declaración, el más mínimo incumplimiento de la ley o reglamento nacional o medida de conservación de una OROP constituye pesca INDNR ⁸². Aun así parecen distinguirse dentro de todas las actividades susceptibles de calificarse de pesca INDNR aquellas que causan mayores daños al entorno marino, a la estabilidad de las poblaciones de peces y a la situación socioeconómica de los pescadores que respeten las normas de conservación y ordenación de los recursos pesqueros.

Las normas internacionales en materia de Pesca INDNR adoptadas por los organismos internacionales han sido acogidas por la normativa europea y son parte de la Política Pesquera Común (de ahora en adelante PPC). La PPC es una de las políticas de competencia exclusiva de la Unión Europea (art. 3.1 y 43 TFUE), lo que implica que las normas de conservación y gestión de los recursos pesqueros se adoptan a nivel europeo y que a los Estados les corresponde en las aguas bajo su soberanía o bajo su jurisdicción la aplicación de las reglas dictadas por la Unión Europea en el marco de la Política Pesquera Común. En concreto, ello implica necesariamente que los Estados tienen, de un lado, que establecer un sistema de sanciones eficaces, proporcionales y suficientemente disuasorias contra la pesca ilegal, de otro, asegurarse que existe competencia jurisdiccional basada en el principio de territorialidad y en el del pabellón del barco, pero también en el de personalidad activa ⁸³,

competencia que debe extenderse a los nacionales que apoyen la pesca ilegal de manera subsidiaria al principio de territorialidad. Finalmente, se impone también el deber a los Estados de cooperar con las organizaciones internacionales de pesca para asegurar la lucha contra la pesca ilegal y en concreto con la Comisión y con la Agencia Europea de Control de la Pesca para facilitar el cumplimiento de las normas de la Política Pesquera Común.

A tal efecto, como medida más relevante, se aprobó en primer lugar el Reglamento (CE) n.º 1005/2008, del Consejo, de 29 de septiembre de 2008, en el que se establece un sistema comunitario para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada. Más tarde, el Reglamento (CE) n.º 1224/2009 del Consejo, de 20 de noviembre de 2009 que instaura un régimen comunitario de control para garantizar el cumplimiento de las normas de la Política Pesquera Común. En ambos instrumentos, la Unión Europea reclama un doble régimen sancionador para cubrir las formas más graves de pesca INDNR (administrativo y penal). En la medida en que la política sancionadora es una competencia exclusiva de los Estados miembros, el Reglamento UE 1380/ 2013

del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2013 sobre Política Pesquera Común exhorta a los Estados miembros a establecer en sus legislaciones medidas eficaces (se trata de una responsabilidad de resultados) para sancionar actividades de pesca ilegal. En cumplimiento de aquel mandato, la última reforma de Ley 3/2001 de Pesca Marítima establecida por Ley 33/2014 hizo un esfuerzo de incorporar al ordenamiento jurídico interno la normativa comunitaria, estableciendo un régimen de infracciones e sanciones encaminadas a garantizar los sistemas de gestión de las pesquerías y a combatir la pesca INDNR. Muy brevemente, algunas novedades son: declaración de prohibición de operaciones de comercialización de productos, tenencia, posesión, transporte, tráfico, almacenamiento, transformación y exposición y venta de productos derivados de la pesca INDNR.

Lo más importante: todas las infracciones que en materia de pesca marítima en aguas exteriores describen sendos Reglamentos comunitarios están a su vez en el Capítulo II de la Ley de Pesca Marítima. Concretamente, el art. 100 recoge el catálogo de infracciones graves, diferenciando las que guardan relación con el ejercicio de la actividad, con las especies y con el empleo de artes, aparejos o útiles, instrumentos o equipos de pesca. Con relación al ejercicio de la actividad, específicamente se describe como infracción:

l) Toda conducta tipificada como leve en materia de pesca marítima, cometida por las personas físicas o jurídicas vinculadas jurídicamente a buques apátridas, a buques con pabellón de países calificados reglamentariamente como de abanderamiento de conveniencia o a buques de países terceros identificados por las Organizaciones Regionales de Ordenación Pesquera u otras Organizaciones Internacionales por haber incurrido en actividades de pesca ilegal, no declarada y no reglamentada o contrarias a las medidas de conservación y gestión de los recursos pesqueros.

Por su parte el art. 101 reservado a las infracciones muy graves también dedica cuatro apartados a sancionar actividades que tengan relación con la pesca INDNR.

Dado que las actividades prohibidas se producen principalmente en alta mar o en las Zonas Económicas Exclusivas en las que los Estados carecen de recursos necesarios para controlar eficazmente sus aguas el poder sancionador precisa de un alcance ultra territorial, por lo que el art. 90 señala que la potestad sancionatoria se extiende a las conductas o hechos cometidos:

a) Dentro del territorio y aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción española (principio de territorialidad).

b) Fuera del territorio o aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción española por personas físicas o jurídicas, a bordo de buques de pabellón nacional o sirviéndose de los mismos (principio de personalidad).

c) Fuera del territorio o aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción españolas por personas físicas o jurídicas de nacionalidad española, a bordo de buques apátridas o sin nacionalidad; o de buques de pabellón extranjero o sirviéndose de los mismos, en este último supuesto siempre que el Estado de bandera no haya ejercido su competencia sancionadora según la normativa en vigor (competencia supletoria).

d) Además de lo dispuesto en los apartados anteriores, será también de aplicación a los hechos o *conductas detectadas* en territorio o aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción españolas y *consideradas como pesca ilegal, no declarada y no reglamentada según los términos y condiciones establecidos en la normativa comunitaria o internacional, aún cuando hayan sido cometidas fuera de dicho ámbito, independientemente de la nacionalidad de sus autores y del pabellón del buque* (Teoría de la ubicuidad).

Puede apreciarse como la Ley de Pesca Marítima extiende el ámbito de aplicación a hechos cometidos dentro del territorio bajo la jurisdicción de Estado español, o por hechos cometidos por personas físicas o jurídicas a bordo de buques con pabellón español, fuera de las aguas marítimas por personas físicas o jurídicas de nacionalidad española o buques apátridas o sin nacionalidad, incluso contempla una competencia supletoria respecto a las conductas detectadas en territorio español considerados como Pesca INDNR aun cuando hayan sido cometidas fuera de dicho ámbito y, con independencia, de la nacionalidad de sus autores o del pabellón del buque.

Por su parte, el art. 91.1 señala el ámbito subjetivo de las infracciones especificando que serán responsables las personas físicas o jurídicas que las cometan por sí, o mediante personas jurídicas en las que ejerzan *el control societario* según la legislación mercantil en vigor, aun cuando estén integradas en Uniones temporales de empresas, agrupaciones o comunidades de bienes sin personalidad.

III. LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA PESCA INDNR

La pesca INDNR es un fenómeno complejo y multidimensional. Su expansión se explica por una

serie de factores entre los que se destacan las limitaciones e insuficiencias del actual orden jurídico-marítimo internacional establecido en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (CNUDM), que se basa en una aproximación zonal de la ordenación de los recursos vivos marinos. A ello se suma la ineficacia de las medidas de control por el desinterés o la incapacidad de muchos Estados para hacer cumplir estas normas en los espacios marítimos sometidos a su soberanía y jurisdicción o por parte de los barcos que enarbolan su pabellón, sobre todo cuando faenan en alta mar. No obstante, el principal incentivo de la pesca INDNR es de tipo económico. Los beneficios obtenidos de esta actividad ilícita son muy superiores a los que se alcanzarían si se faenase respetando la medidas de conservación adoptadas a nivel nacional, regional e internacional por lo que se ha convertido en un negocio muy lucrativo que ha atraído a muchos operadores privados que buscan obtener beneficios a cualquier precio.

Los altos beneficios que se generan derivan de la combinación de una serie de factores jurídicos, institucionales, económicos y sociales. Así por ejemplo: los menores costes operativos que tiene la pesca INDNR frente a la pesca legal, pues los propietarios no asumen los costes e inversiones que se derivan del cumplimiento de la legislación pesquera internacional y nacional, la relativa impunidad de la que disfrutaban los operadores de pesca INDNR por la ineficacia de las medidas de vigilancia y control tradicionales y por el bajo riesgo de ser sancionados por las infracciones cometidas, el alto valor comercial de determinadas especies o el crecimiento de la demanda y del comercio internacional de productos pesqueros. Todo ello influye en que los actores de la pesca INDNR se encuentran en una posición privilegiada que les permite competir en los mercados, en nuestro caso en el Mercado interior comunitario, en mejores condiciones que los operadores legales, lo que desalienta la pesca legal y acaba con la actividad pesquera en muchas zonas ⁸⁴ —.

Por las razones expuestas, la lucha contra la pesca ilegal está en la agenda de muchas organizaciones institucionales debido a los perniciosos impactos ambientales y económicos que se derivan de las diferentes modalidades de pesca INDNR: provocan el empobrecimiento creciente de los recursos pesqueros existentes y perjudican gravemente al sector pesquero cuyas actividades se efectúan bajo el marco jurídico y económico de una administración responsable preocupada por un desarrollo sostenible y equilibrado entre la seguridad alimentaria y la protección del medio ambiente, originando por ello situaciones de competencia desleal en los mercados internacionales.

No obstante, aun estando de acuerdo con todo lo anterior, considero que las legítimas preocupaciones de los diferentes actores institucionales implicados en la represión de la pesca ilegal posponen su atención sobre el problema más grave y que debería estar en primera línea y es el impacto de estas prácticas en los derechos laborales y condiciones de vida de los trabajadores del mar. Al igual que sucede en otros escenarios, asistimos a una dicotomía entre la denuncia de las actividades de pesca ilegal en tanto práctica de sobreexplotación de recursos pesqueros y originadora de competencia desleal y la preocupación de los trabajadores embarcados en los buques que se dedican a aquella actividad. Y es que a menudo estas prácticas no responsables, al producirse en un marco no regulado y deslocalizado, donde no se ofrecen garantías laborales ni de seguridad a sus tripulantes, y frecuentemente a bordo de buques pesqueros que debido al bajo nivel de inversión eluden las normas técnicas de seguridad más elementales, también están poniendo en peligro la seguridad marítima.

IV. PESCA ILEGAL Y EXPLOTACIÓN LABORAL

En consecuencia, aunque la preocupación por la sostenibilidad de los recursos marinos está presente desde hace tiempo en la agenda de todas las organizaciones internacionales y de las regulaciones de la UE y de muchos Estados miembros, el conocimiento que tienen los consumidores sobre el coste humano que supone el abastecimiento del pescado en el mercado comunitario es prácticamente inexistente o muy pobre.

La variedad de conductas de explotación laboral o de mantenimiento de condiciones de vida indecentes que han evidenciado los observadores internacionales en sus inspecciones de buques entrarían de lleno en un buen número de infracciones calificadas como delitos en nuestro Código penal: delitos contra la seguridad social, alzamientos de bienes, delitos contra los derechos de los trabajadores, delitos contra la integridad moral, etc. En concreto, observadores del sindicato ITF (Federación Internacional de los trabajadores del Transporte) han denunciado en distintos foros prácticas de trabajo forzoso, recurso de mano de obra infantil, discriminación de inmigrantes, aislamiento prolongado por la práctica de transbordos del pescado en alta mar ⁸⁵ —, fatiga, prácticas de riesgo o inseguras que atentan contra la seguridad laboral, buques estándar con contratación ilegal, falta de contratos por escrito, certificados falsos, salarios ridículos (200 a 300 \$) impagos

prolongados, abandonos en puertos sin derecho a repatriación, actuación de mafias en origen y destino, listas negras, etc. En los peores escenarios, abusos físicos, violencia y tráfico de personas.

Sin embargo estas practicas carecen de visibilidad. Por lo que se refiere al ordenamiento penal español puede decirse que vive completamente de espaldas a la tutela de las condiciones laborales de este sector profesional y ello a pesar de que la pesca tanto extractiva como trasformadora es uno los sectores económicos más importantes en el Estado español.

Hay muchas razones que justifican esta retirada de la tutela penal de los trabajadores del mar, obviamente la principal es el profundo desconocimiento de la normativa aplicable en el ámbito del sector pesquero debido al alto grado de internacionalización del empleo marítimo y su creciente liberalización. La deslocalización que le es inherente depende de una serie de factores, entre los que pueden citarse la peculiaridad misma del locus donde se desarrolla la prestación de los servicios (alta mar, zonas económicas exclusivas o mares territoriales de estados ribereños frecuentemente del continente africano o del sudeste asiático), las mismas condiciones de la prestación (prolongados periodos de embarque), pero también por el proceso de libertad en el registro de los buques, pues a los llamados pabellones de conveniencia (donde hay una total inhibición en el control de las condiciones laborales y de la seguridad por parte de la administración marítima del estado del pabellón), se une la proliferación de los llamados registros internacionales o segundos registros. La característica principal de estos registros es que permiten al armador del barco reclutar tripulación no residente en el estado donde el buque está matriculado, lo que significa que sus contratos de trabajo no están necesariamente sometidos a la ley del pabellón del barco y, en consecuencia, a una retirada de la tutela por parte de la jurisdicción del estado abanderante. Este nuevo proceso de liberalización ha dado lugar a lo que se conoce como «tripulantes de conveniencia» reclutados en agencias de contratación situados en estados proveedores de mano de obra (*labour supplying states*). La crisis de la ley del pabellón como factor clave de conexión afecta no solo a las relaciones de trabajo individuales (seguridad social, vigencia de los contratos de trabajo, indemnizaciones en caso de accidente, cobro de salarios en caso de insolvencia del armador), sino también a las relaciones colectivas de trabajo (negociación colectiva, acción sindical, derecho de huelga) que suelen tener un carácter estrictamente local⁸⁶.

Las organización sindical ITF ha denunciado en numerosas ocasiones que el abuso y las practicas cercanas a la esclavitud viene favorecido por la inexistencia de condiciones mínimas de contratación en el sector pesquero. Un marco jurídico que podría tener un impacto potencial es la plena aplicación del Convenio N° 188 de la OIT sobre el trabajo en la pesca (C188) que establece unas normas mínimas para las condiciones de trabajo a bordo de los buques pesqueros y proporciona una norma uniforme para la contratación, condiciones de trabajo, empleo y la repatriación de los pescadores. Se trata de un convenio de mínimos que pretende imponer con carácter global unas condiciones de trabajo decentes y para que las tripulaciones, cualquiera que sea su nacionalidad o el pabellón del barco bajo el que se realicen las faenas de pesca estén mínimamente protegidas contra la explotación y el abuso laboral. En este sentido, la ratificación del Convenio N° 188 de la OIT por el Estado español permitiría impulsar el cambio necesario para garantizar por primera vez las mínimas condiciones laborales y de vida para los trabajadores del mar, además de ser una herramienta eficaz para combatir la pesca INDNR, la competencia desleal y las practicas abusivas. Como se ha encargado de señalar en numerosas ocasiones la inspectora Luz Baz del sindicato ITF: La sostenibilidad ambiental y económica no es completa ni alcanzable sin condiciones laborales justas.

V. LA SENTENCIA VAREPI: CONTRATACIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES INDONESIOS

En consecuencia, la protección penal de los trabajadores extranjeros, sean o no marineros, requiere que la relación laboral haya sido creada en España, puesto que los delitos contra los derechos de los trabajadores no forman parte de los supuestos de extraterritorialidad de la ley penal⁸⁷, de ahí la brecha abierta por la Sentencia del Tribunal Superior de Xusticia, de Galicia dictada por la Sala 1ª del contencioso administrativo núm. 636/2012 de 18 de septiembre. (Magistrada Ponente Doña María Dolores Galindo).

El Tribunal Superior de Xusticia de Galicia confirma la resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno de Pontevedra por la que se impone una sanción de 80.591, 24 euros a una entidad mercantil como responsable de una infracción muy grave prevista en el art. 54.1 letra d) de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en relación con el art. 36.3 del mismo texto legal, consistente en la contratación de

trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo en España, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito.

Los hechos sancionados no llamarían en exceso la atención sino fuera por las circunstancias de que el recurrente es la armadora de un buque palangrero que se dedica a faenar en aguas y caladeros internacionales sin realizar escalas en el territorio nacional (pese a que reconoce que su puerto base es Lugo a efectos administrativos y de bandera española), que el embarque de los ciudadanos extranjeros tuvo lugar en un puerto de Nueva Caledonia y que además las prestaciones laborales --faenas de pesca-- tuvieron lugar durante la larga travesía del puerto de Noumea (Nueva Caledonia) al puerto de Callao (Perú).

En el texto de la sentencia queda acreditado que a bordo del citado buque pesquero durante un periodo de aproximadamente 8 meses (comprendido entre 21/09/2009 y 8/04/2010) habían prestado servicios laborales consistentes en la realización de labores de pesca diez trabajadores de nacionalidad indonesia, no habiendo obtenido la armadora recurrente las preceptivas autorizaciones administrativas para trabajar en España.

Frente a lo anterior, la armadora alega en su descargo que las previsiones de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros no resultan de aplicación al presente supuesto porque el buque no había recalado en España, los trabajadores indonesios no habían prestado servicios en territorio español y la relación laboral había sido prestada en aguas internacionales o extranjeras por extranjeros «no residentes» en España. Se trataría de un hecho atípico ya que lo esencial a los efectos de aplicación del art. 54.1 letra d) de la LOEX sería la estancia o residencia del extranjero en territorio nacional y, en consecuencia, no siendo necesario este requisito --ya que el objeto del embarque era la pesca en aguas de Indonesia-- los trabajadores indonesios quedarían exentos de la preceptiva autorización de trabajo.

El tribunal desestima todos los argumentos recordando que en el ámbito del Derecho administrativo sancionador rige el principio de territorialidad que obliga a aplicar la normativa nacional a todos los hechos o situaciones que se lleven a cabo en el territorio español, lo que enlaza con las previsiones del art. 94 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. Dicho precepto, que rubrica «deberes del Estado del pabellón», establece que todo Estado ejercerá de manera efectiva su jurisdicción y control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales sobre los buques que enarbolan su pabellón. También garantiza que los trabajadores que ejercen en un barco tengan la seguridad laboral tanto los contratos como las prestaciones correspondientes al pabellón bajo el que faenan. En el Derecho Internacional del Mar se entiende por nacionalidad del buque aquella que le es conferida por un Estado mediante autorización para enarbolar su pabellón, lo cual se instrumentaliza a través de su matriculación en un puerto y la inscripción en el correspondiente registro. En el presente caso toda vez que existe un vínculo efectivo entre el buque y el Estado español bajo cuyo pabellón navega es la legislación española la aplicable al objeto de tutelar las obligaciones administrativas, técnicas y sociales así como el cumplimiento de la legislación internacional y de las responsabilidades derivadas. Partiendo de este hilo argumental y siendo el buque una extensión del territorio nacional en aguas internacionales el tribunal considera que no puede eludirse la aplicación de la Ley de Extranjería y la correspondiente sanción por la prestación de servicios laborales a bordo de un buque de pabellón español por ciudadanos indonesios sin cumplir los requisitos establecidos de la previa obtención de la autorización del trabajo.

Véamos cual es, en mi opinión, la brecha que abre esta sentencia. En la fecha que sucedieron los hechos la infracción administrativa del art. 54.1 letra d) de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero se ponía en línea con lo dispuesto en el art. 312.2 del CP que, como es sabido, criminaliza la contratación de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, si bien la existencia del delito precisa para superar los parámetros de la infracción administrativa que además de la contratación del trabajador ilegal se le perjudique en sus derechos y garantías laborales mínimas del sector correspondiente. En este caso la valoración del grado de desconocimiento de los derechos laborales pasa por determinar con carácter previo el ámbito normativo al que está sometida la relación laboral para a partir de ahí determinar la gravedad y el grado ofensividad respecto al bien jurídico protegido que no puede ser otro que los derechos laborales del trabajador extranjero que le corresponderían en el caso de estar plenamente regularizado. Como hemos puesto de relieve tratándose de trabajadores extranjeros del sector pesquero las peculiaridades de su régimen de contratación dificulta la individualización de la norma de contraste y cuáles son los derechos que le asisten.

Si los hechos relatados en la sentencia hubieran tenido lugar tras la entrada en vigor de las dos

últimas reformas del Título XV del CP (delitos contra los derechos de los trabajadores) la matización contenida en el art. 54.1 letra d) de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero «salvo los hechos que constituyeran delito» se situaría en línea con dos nuevas figuras delictivas, las previstas en el arts. 311.2 CP (la contratación irregular de 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) y el art. 311 bis CP (el delito de dar ocupación a extranjeros o a menores que carezcan de permiso de trabajo), siempre que tuvieran lugar los requisitos de gravedad allí contemplados (número de trabajadores ocupados y afectados, reiteración, etc.) Ambos tipos penales son producto de la trasposición al ordenamiento penal español de lo dispuesto en la Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2009 por el que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores. Esta Directiva señala una nueva fase del derecho penal de los Estados miembros porque conduce a etapas más avanzadas del proceso de condicionamiento de la ley penal estatal para luchar contra la inmigración clandestina y el empleo ilegal.

En concreto, el delito descrito en el art. 311.2 del CP, sanciona con unas penas privativas de libertad realmente severas al menos en su límite máximo (penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses) a quienes «den ocupación simultánea 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». La nueva tipología delictiva castiga la contratación simultánea de varios trabajadores extranjeros, sin haber obtenido la correspondiente autorización y sometido a unos requisitos cuantitativos dependiendo del número total de trabajadores existentes en un mismo centro de trabajo. El tipo penal previsto en el párrafo 2 del art. 311 a diferencia del apartado 1º, ni exige que se impongan condiciones laborales o de Seguridad Social que *perjudiquen, restrinjan o supriman* los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato laboral, ni tampoco que se emplee engaño o abuso de una situación de necesidad, basta que se realice la contratación sin haber comunicado el Alta en la Seguridad Social que corresponda o sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo.

La introducción de estos dos preceptos en el CP ha suscitado numerosas críticas por parte de la doctrina que ha puesto de relieve la inadecuación de su ubicación sistemática dentro del llamado derecho penal laboral ⁸⁸, fundamentalmente porque carecen de ofensividad en relación a las relaciones laborales individuales, y se revelan como meros instrumentos de las políticas de control de los flujos migratorios (represión de la emigración ilegal) o en su caso de protección de la competitividad empresarial a través de la evitación del *dumping social* y de la reducción de la economía sumergida.

Por mi parte, no comparto plenamente este rechazo, y a la vista de lo expuesto considero que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictada por la Sala 1ª del contencioso administrativo núm. 636/2012 de 18 de septiembre, ha abierto una brecha y en consecuencia es una línea a explorar.

Proxenetismo lucrativo: ¿una modalidad diferente de explotación laboral?

Beatriz Cruz Márquez

Profesora Titular Derecho Penal

Universidad de Cádiz

I. INTRODUCCIÓN

1. A modo de aproximación

Tomando prestadas las palabras del profesor Terradillos, «*el acercamiento a la prostitución desde la perspectiva "género-derechos fundamentales" supone la aceptación de que el sexo venal es práctica radicada, sobre todo, en el campo de las mujeres, y de que es ámbito de peligro específico para los derechos fundamentales [...] Hablar del núcleo duro del sistema de protección de esos derechos, equivale a afrontar opciones político-criminales en las que ocupa un lugar, todo lo limitado que se quiera, pero imprescindible, el Derecho penal*» ⁸⁹. Con este punto de partida, trataré de seguir también su ejemplo al abordar el tema indicado, haciendo propios, en la medida de mis posibilidades, dos rasgos que caracterizan su labor investigadora y su magisterio: la precisión y la mesura. El profesor Terradillos es preciso en el uso de la palabra, en la identificación de las miradas que participan en la cuestión penal y en la defensa de las condiciones necesarias para la construcción de

un sistema penal a la medida de las personas. Y es medurado también en el tono, en la mirada y en el planteamiento de los argumentos que defiende con precisión. Disfrutar, con su presencia, de lo uno y de lo otro, enriquece el quehacer universitario y es fuente de inspiración.

2. Algunos datos y reflexiones sobre la prostitución en España

Son varios los informes que sitúan a España a la cabeza de la Unión Europea en consumo de prostitución⁹⁰, con un 27-39% de los varones que afirman haber pagado por sexo alguna vez⁹¹. Un informe de 2007 elaborado por la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades de las Cortes Generales señala que el 99,7% de la demanda total de prostitución está compuesta por hombres y que los demandantes gastarían de media al año 1.200 euros en contactos sexuales. En 2013 el Ministro del Interior reconocía que el negocio ilegal de la trata mueve 5 millones de euros al día en España, siendo así que en 2014 sus beneficios económicos fueron incluidos por primera vez en el PIB⁹². La industria del sexo, que no discrimina entre los ingresos de trata y de prostitución⁹³, se está convirtiendo en un sector clave del mercado mundial, junto con el tráfico de armas y el narcotráfico⁹⁴.

Esta industria del sexo ha evolucionado, de la mano de la evolución del perfil del consumidor y de los gustos sexuales⁹⁵, provocando un cambio en la prostitución, obligada a competir con otros servicios sexuales, lo que ha hecho proliferar la prostitución cerrada, y especialmente, los clubs con una mayor oferta y variedad. La prostitución no organizada y de calle resulta ser minoritaria respecto de la prostitución organizada y de alterne. Paralelamente, ha aumentado la variedad de las protagonistas con la llegada de las mujeres migrantes, mayoritariamente sin papeles y que representan alrededor del 80% de las mujeres que ejercen la prostitución⁹⁶. Ambas variables configuran el contexto en que con mayor frecuencia tendrán lugar las situaciones constitutivas del delito de proxenetismo lucrativo, consistente en la imposición de condiciones abusivas en el ejercicio voluntario de la prostitución⁹⁷, objeto de análisis del presente trabajo.

Resumiendo enormemente el intenso debate político y social que genera la prestación voluntaria de servicios sexuales, cabe distinguir varias posiciones⁹⁸: (a) el prohibicionismo (o moral tradicional): ilegalización y penalización del ejercicio de la prostitución; (b) el abolicionismo: consideración de la prostitución como una expresión de la violencia contra las personas que la ejercen y del cliente como corresponsable, junto con empresarios y proxenetes, de la situación opresiva que sufre la mujer, que debería penalizarse⁹⁹; (c) el reglamentarismo estatal y del capital: aceptación oficial de la prostitución, siendo el Estado o las Comunidades Autónomas quienes asumen su control como actividad económica, delimitando los espacios públicos y privados, sus horarios, características e identificando y registrando la oferta, así como ejerciendo un sistema de control médico obligatorio¹⁰⁰; (d) reglamentarismo autónomo: es la postura de los colectivos de defensa de mujeres prostituidas y se opone radicalmente al estatal. Parte de la despenalización de todos los aspectos de la prostitución adulta resultante de una decisión individual¹⁰¹.

Dos de estas posturas centran el debate feminista: el abolicionismo en un extremo y el reglamentarismo autónomo en el otro. El enfrentamiento entre ambas, de consecuencias trágicas para el feminismo¹⁰² en tanto consolida la negación y la invalidación de las trabajadoras del sexo como agentes de su propia historia¹⁰³, pivota fundamentalmente en torno al eterno debate sobre el consentimiento. Su superación seguramente exija en gran parte dejarlo a un lado y abundar, desde el abolicionismo¹⁰⁴, en el estudio de la desigualdad estructural y en el análisis de la demanda de prostitución¹⁰⁵ y su relación con el neoliberalismo¹⁰⁶, y, desde el reglamentarismo autónomo, en eliminar el morbo de lo prohibido, normalizando y demandando el respeto a las personas que se dedican al trabajo sexual y a su actividad¹⁰⁷.

En su vertiente criminológica, es preciso a su vez señalar la tradicional consideración del proxenetismo lucrativo como un *delito de estatus*, que son aquellos asociados tradicionalmente a la idea de que suponen una desviación de los roles tradicionales de la mujer sin llegar a cuestionar su feminidad conforme a los estereotipos culturales dominantes --como sí sucede con los delitos de inversión de rol o los «delitos masculinos»--¹⁰⁸. En concreto, en el caso de la prostitución, destaca el

protagonismo de las mujeres en las condenas por dirección y gestión de los locales o pisos ¹⁰⁹ dedicados a la oferta de servicios sexuales ¹¹⁰.

II. REGULACIÓN PENAL DEL PROXENETISMO LUCRATIVO¹¹¹ TRAS LA REFORMA DE 2015

Tras la eliminación de todos los delitos relativos a la prostitución no coactiva por el Código Penal de 1995, que únicamente mantuvo como tal la prostitución forzada y prestando atención a las acusaciones al gobierno español de violar de forma unilateral las prescripciones del Convenio Internacional de Naciones Unidas de 2 de diciembre de 1949, para la Represión de la Trata de Personas y de la explotación ajena ¹¹², el legislador español introdujo en 2003 ¹¹³, junto al reforzamiento de la intervención punitiva frente al tráfico de seres humanos, la penalización de una cierta forma de proxenetismo, castigando en el artículo 188.1 al «*que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma*» ¹¹⁴, con las mismas penas que quien coacciona a alguien para que ejerza o se mantenga en el ejercicio de la prostitución ¹¹⁵.

La reforma del CP operada en 2015 introduce dos modificaciones importantes en este ámbito, en el nuevo artículo 187 CP, reservado ahora a la prostitución de personas adultas ¹¹⁶: por una parte, eleva en un año el límite máximo de la pena de prisión, que pasa de 4 a 5 años, cuando se trate de determinación coercitiva a la prostitución; por la otra, incorpora una definición para el concepto de explotación de la prostitución que sirve de referencia al lucro punible obtenido a partir de una prostitución consentida.

Al objeto de facilitar una visión conjunta de la regulación actual en materia de prostitución de adultos, así como de los paralelismos existentes entre la explotación de la prostitución consentida y la explotación laboral de adultos ¹¹⁷, se muestra la siguiente tabla comparativa.

TABLA COMPARATIVA ^{118 119}

Delitos relativos a la prostitución de adultos - Delitos de explotación laboral de adultos

Modalidad		Elementos del tipo	Marco Penal
Proxenetismo coercitivo (art. 187.1)	Violencia, intimidación o engaño	1. Persona mayor de edad 2. Determinación al ejercicio o mantenimiento de la prostitución	Prisión de 2 a 5 años + Multa de 12 a 24 meses
	Abuso situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad ³¹ (1)		
Tipo agravado del delito de proxenetismo coercitivo (art. 187.2)		1. Prevalimiento autoridad, agente de esta o funcionario público (+ inhabilitación absoluta) 2. Pertenencia a organización o grupo criminal dedicada a la prostitución 3. Puesta en peligro, dolosa o con imprudencia grave, de la vida o salud de la víctima	Prisión de 3 años y medio a 5 años + Multa de 18 a 24 meses
Proxenetismo lucrativo (art. 187.1, 2º párrafo)		1. Persona mayor de edad 2. Lucro significativo ³² 3. Irrelevancia del consentimiento ³³ 4. Explotación ³⁴ de la prostitución - vulnerabilidad personal o económica de la víctima (1), o - imposición de condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas ³⁵ (2)	Prisión de 2 a 4 años + Multa de 12 a 24 meses (3)

Modalidad		Elementos del tipo	Marco Penal
Tipo agravado del delito de proxenetismo lucrativo (art. 187.2)		Iguals circunstancias que el tipo agravado del delito de determinación a la prostitución de persona adulta	Prisión de 3 a 4 años + Multa de 18 a 24 meses
Imposición de condiciones de trabajo perjudiciales (art. 311)³⁶	Engaño	Imposición o mantenimiento de condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan derechos reconocidos (2)	Prisión de 6 meses a 6 años + Multa de 6 a 12 meses
	Abuso de situación de necesidad (1)		
	Uso de violencia o intimidación (3) (art. 311.4)³⁷	Imposición o mantenimiento de condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan derechos reconocidos (2)	Prisión de 6 años y 1 día a 9 años + Multa de 12 a 18 meses(3)

1. Diferenciación del marco penal previsto para el proxenetismo lucrativo

Como ya se ha avanzado, una de las reformas operadas en los delitos relativos a la prostitución de personas adultas consiste en la diferenciación del marco penal previsto para el proxenetismo lucrativo y el proxenetismo coercitivo --la determinación coactiva a la prostitución--. Las razones de esta diferenciación no se explican en el Preámbulo, aunque los antecedentes jurisprudenciales sobre la interpretación de ambas modalidades aportan una pista al respecto. Así, es posible comprobar que, ante la previsión del mismo marco penal --prisión de 2 a 4 años y multa de 12 a 24 meses-- la opción interpretativa que más se ajustaba al principio de proporcionalidad era aquella que reservaba la aplicación de la modalidad de explotación lucrativa de la prostitución (art. 188.1 *in fine* a.r. CP) a los supuestos en que quien se lucrara fuera a su vez responsable o, al menos, conocedor, del clima de violencia, intimidación, engaño o sometimiento que determinaron su entrada o mantenimiento en el ejercicio de la prostitución¹²⁶.

Sin dejar de estar de acuerdo en las enormes diferencias entre la conducta consistente en imponer unas condiciones laborales perjudiciales, sea en el contexto del trabajo sexual o en cualquier otro, y aquella otra caracterizada por la imposición o mantenimiento de un estado de sumisión continuada en que las víctimas son sometidas al poder de disposición de terceros, orientado en este caso a la explotación sexual, no es menos cierto que la elevación de la pena en un año merece ser calificada cuanto menos de cínica e insuficiente¹²⁷.

2. Definición del concepto de explotación de la prostitución (art. 187.1 párrafo 2º CP)

La reforma de 2015 ha incorporado una definición del concepto de explotación de la prostitución en torno a dos elementos: (1) la situación de vulnerabilidad personal o económica de la víctima y (2) la imposición de condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas.

(1) Por lo que se refiere a la condición vulnerable de la víctima, llama la atención la coincidencia de este elemento con el previsto en la modalidad más grave de proxenetismo coercitivo, lo que dificultará la interpretación de un elemento ya de por sí sumamente ambiguo --la noción de vulnerabilidad--. Concepto que, asociado a una representación victimizadora de las personas que ejercen la prostitución, fomentada desde el abolicionismo, puede derivar en la atribución automatizada de esta condición a las trabajadoras sexuales migrantes. Con lo que ello implica de cuestionamiento de la autonomía y la agencia de quienes optan voluntariamente por este trabajo y de criminalización de su entorno social¹²⁸. Sin duda, habría resultado preferible una fórmula similar a la prevista en el artículo 311.1 de CP, relativo a la imposición de condiciones perjudiciales de trabajo mediante «abuso de situación de necesidad». La diferente formulación en uno y otro ámbito evidencia la extrema sensibilidad respecto del consentimiento relativo al trabajo sexual, en comparación con la menor exigencia que opera cuando el consentimiento va referido a otras relaciones laborales que suponen una explotación para quien las acepta¹²⁹.

(2) La definición de la explotación de la prostitución como imposición de condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas supone una equiparación con la explotación laboral¹³⁰. Si bien su inclusión parece destinada a reconocer efectos al contrato sexual únicamente en el ámbito penal, en la medida en que en el Preámbulo de la LO 1/2015 se justifica la necesidad prever una regulación

diferenciada de la explotación en el ámbito del trabajo sexual para superar la exigencia del Tribunal Supremo de requisitos similares a los exigidos en el ámbito de las relaciones laborales reglamentadas ¹³¹. Resulta evidente la intención del legislador de 2015 de regular separadamente la explotación laboral y la explotación de la prostitución. Y esto, además de ser cuestionable por razones simbólicas, en la medida en que insiste en la estigmatización del trabajo sexual, y sistemáticas --la explotación de la prostitución no es un delito contra la libertad sexual--, lo es en tanto no explica las razones que justifican la previsión de marcos penales significativamente distintos. Abundando en este aspecto, resulta llamativa la falta de previsión de una agravante específica para los supuestos en que la imposición de las condiciones perjudiciales para el ejercicio de la prostitución se produzca mediante violencia o intimidación --respecto de la explotación laboral, el art. 311 CP prevé una agravación de la pena en un grado (3)--.

III. PROPUESTAS PARA UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

A lo largo de este trabajo se han señalado los principales riesgos que presenta la regulación actual del proxenetismo lucrativo para el mantenimiento de una percepción marginal y criminalizada del ejercicio voluntario de la prostitución. Una forma de cuantificar y valorar la materialización de estos riesgos en el ámbito penal reside en el análisis detallado de la aplicación judicial de la regulación expuesta en las sentencias dictadas en esta materia tras la entrada en vigor de la reforma de 2015. A través de la sentencia penal el órgano judicial realiza una labor de comprensión de los hechos sometidos a valoración jurídica y en esta labor, de naturaleza contingente, participa del marco

cultural dominante en la sociedad en que se dicta y a la que está dirigida ¹³². No es posible desarrollar aquí un análisis de esta naturaleza, pero sí plantear, en líneas generales, los aspectos que debería incluir un estudio cualitativo dirigido a tal fin, sistematizado en torno a las preocupaciones señaladas.

(a) *Análisis de la interpretación de la situación de vulnerabilidad personal o económica de la persona que ejerce la prostitución.* Al respecto, y con independencia de otros aspectos que puedan emerger a lo largo de la realización del estudio, es preciso comprobar tres aspectos: (i) En primer lugar, las reacciones ante la condición de migrante y la atribución, de forma automatizada, de la consideración de persona vulnerable y, en consecuencia, de víctima de explotación --expresiones como «aprovechamiento ajeno de sus debilidades», «precariedad de las condiciones de trabajo en su país», «sin disponer de dinero ni de familia» referidas a trabajadoras sexuales migrantes son indicativas de esta asociación--.

(ii) En segundo lugar, en estrecha relación con lo anterior, las eventuales reticencias en el reconocimiento de la vulnerabilidad respecto de trabajadoras sexuales españolas ¹³³, así como respecto de trabajadores/as sexuales en quienes concurren otros factores de estigmatización --diversidad sexual, identidad de género, diversidad funcional, etc.--.

(iii) Por último, la eventual influencia de la intervención de mujeres como autoras o partícipes de la explotación de la prostitución en la valoración de la situación de vulnerabilidad.

(b) *Análisis de la interpretación del elemento del tipo «abuso de situación de necesidad»* referido al delito de imposición de condiciones perjudiciales de trabajo, a fin de comprobar las dificultades interpretativas que plantea esta expresión, así como las soluciones jurisprudenciales desarrolladas. Al respecto, es conveniente comprobar la presencia de estereotipos de género en la valoración de este elemento, en la medida en que las dificultades objetivas de acceso al empleo por cuenta ajena siguen siendo mayores para las mujeres ¹³⁴.

(c) *Análisis de la aplicación del delito de explotación de la prostitución por la imposición de condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas.* Resulta de sumo interés comprobar las consecuencias del tratamiento diferenciado de esta forma de explotación respecto del resto de supuestos de explotación laboral. En este sentido, merecen especial atención: (i) Las alusiones al carácter no regularizado del trabajo sexual o al ejercicio de esta actividad fuera del sistema de la seguridad social ¹³⁵, en la medida en que consolidan una determinada representación de esta actividad, relegada al ámbito de la clandestinidad y marginalidad social. (ii) También será necesario comprobar la confusión existente entre explotación sexual y explotación de la prostitución, indicativa de la interpretación indiferenciada del trabajo sexual como explotación, frente a la que se resisten quienes la ejercen de forma voluntaria. (iii) En estrecha relación con este último aspecto, resulta necesario analizar si existen referencias expresas al consentimiento de la persona que ejerce la prostitución para el ejercicio de dicha actividad, diferenciándolo de las condiciones abusivas impuestas para su realización. Y ello porque las formas de describir un fenómeno guardan relación con la forma en que las personas lo experimentan. De manera que describir esta actividad como un

trabajo puede contribuir a la formación de otro tipo de identidades, no basadas en la pasividad, la explotación sexual y la victimización.

IV. APUNTANDO CONCLUSIONES

En el presente trabajo se aborda un aspecto concreto de la prostitución de adultos en el contexto del ordenamiento jurídico penal español: el de la explotación de la prostitución ejercida voluntariamente. La aproximación a la prostitución a través de un aspecto concreto permite, si bien a costa de simplificar los numerosos matices del debate existente en torno al mismo ¹³⁶, evidenciar de forma también concreta los efectos que se derivan de la opción político criminal elegida por el legislador. Así, una vez señalados los rasgos principales de la reforma de 2015 en este aspecto --la diferenciación del marco penal del proxenetismo lucrativo y la definición legal del concepto de explotación de la prostitución-- y los principales riesgos que entrañan para la consolidación de una representación de esta actividad en la sociedad fuertemente connotada por rasgos estigmatizantes, se propone la verificación de estos riesgos en un ámbito específico de la aplicación de la norma penal: el de la interpretación judicial en el momento de dictar sentencia. La realización de un análisis jurisprudencial según las pautas indicadas permitirá evidenciar los efectos concretos de la regulación comentada en la representación social oficializada ¹³⁷ del trabajo sexual, de las personas que ejercen dicho trabajo voluntariamente en el Estado español y de los diferentes contextos en que los desarrollan.

A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?

Ignacio F. Benítez Ortúzar

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Jaén

I. INTRODUCCIÓN. LAS LEYES ORGÁNICA 7/2012 Y 1/2015

El Título XV del libro segundo del Código penal español, bajo la rúbrica «de los delitos contra los derechos de los trabajadores», incorpora y sistematiza una serie de figuras delictivas que, de algún modo, habían ido introduciéndose de una forma un tanto inconexa en el antiguo Código penal español texto refundido de 1973. Así, en una primera etapa, aún pre-constitucional, distintas reformas legislativas iban amoldando la legislación penal a las situaciones surgidas de un sistema de relaciones laborales que --paulatinamente-- comenzaba a adaptarse a las relaciones propias de un Estado de Derecho. Fruto de esta realidad puede considerarse la introducción, por Ley de 15 de noviembre de 1971, del llamado «delito social» ¹³⁸ del artículo 499 bis CPTR-73 ¹³⁹, que --en solitario-- venía a ocupar el Capítulo VIII, «de los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo» del Título XII, «De los delitos contra la libertad y la seguridad», del libro segundo del Código penal, que en lo esencial en sus dos primeros apartados, con alguna variación en la descripción típica y un acertado fuerte incremento de las sanciones previstas, puede considerarse antecedente inmediato de los apartados 1 y 3 del artículo 311 del Código penal vigente.

La propia concepción económica e ideológica de la relación laboral existente en el Estado español en la fecha en la que se incorporan estos delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo, junto a la redacción dada al artículo 499bis CPTR-73, hacía difícilmente aplicable el tipo en la práctica ¹⁴⁰. La exigencia típica del «uso de maquinaciones o procedimientos maliciosos» en la imposición a los trabajadores de condiciones que perjudicaran los derechos reconocidos en disposiciones legales o convenios colectivos no hacía fácil una interpretación del precepto acorde al principio de legalidad penal y a la taxatividad que de él se deriva. De hecho, sólo con el comienzo de la reforma política y el reconocimiento constitucional del trabajo como derecho-deber de los españoles (artículo 35 CE) y como principio rector de la política social y económica (artículo 40.2 CE), comienza a ser más constante la aplicación del precepto por los tribunales de Justicia ¹⁴¹, si bien, las resoluciones continúan siendo escasas dadas sus limitadas modalidades comisivas a conductas ejecutadas con un «dolo reduplicado» relativo a la imposición de las condiciones restrictivas de derechos laborales, de un lado, y, de otro lado, de actuar mediante maquinaciones o procedimientos maliciosos ¹⁴². Posteriormente la consideración constitucional del Estado español como Social y Democrático de Derecho obligaba a la tutela directa de una serie de aspectos concretos derivados o relacionados con

los derechos de los trabajadores, desde una clara concepción del trabajador como titular directo de derechos emanados de la relación laboral, «cuya posición como contratante exige ser considerado en pie de igualdad»¹⁴³.

La excesiva carga subjetiva en la descripción típica, así como la indefinición de las modalidades comisivas descritas en el artículo 499bis CPTR-73 en una materia que exige una amplia remisión a la normativa laboral hizo, no obstante, que la aplicación práctica del precepto no tuviera el alcance debido. Estas matizaciones, junto a la propia consideración de «los trabajadores» como un colectivo amplio al que hay que proteger expresamente como «clase» en el ámbito de las relaciones que de la actividad laboral se derivan, se trataron de corregir en el artículo 311 del Código penal de 1995. El Título XV sistematizaba así los distintos preceptos que, de algún modo, aparecían dispersos en el articulado del Código penal anterior¹⁴⁴, «fruto de una legislación de aluvión que había ido propiciando las diferentes necesidades sociales y los intentos de un ya desgastado régimen autoritario que pretendía dejar su huella represora antes de desaparecer»¹⁴⁵. Así, junto al delito de imposición o mantenimiento de condiciones laborales o de seguridad social, del artículo 311 CP, las conductas relacionadas con el tráfico ilegal de mano de obra (artículo 312 CP), con la inmigración clandestina de trabajadores a España y la emigración a otro país relacionada con el ámbito laboral (artículo 313 CP), con la discriminación en el empleo, público o privado (artículo 314), con el derecho de huelga y la libertad sindical (artículo 315) y con la prevención de riesgos laborales (artículos 316 y 317), recogiendo --además-- la previsión de la comisión delictiva a través de personas jurídicas (artículo 318 CP)¹⁴⁶. Como se ha afirmado, con esta perspectiva, el legislador de 1995 deja patente la existencia en el ámbito laboral de una determinada «clase social», compuesta por trabajadores por cuenta ajena, cuya igualdad real frente al empleador ha de ser garantizada expresamente¹⁴⁷ también desde el Derecho penal. Tutelando, por tanto, los intereses de los trabajadores, como miembros de una clase social o un sector de la comunidad con una situación concreta en el mercado de trabajo. Al respecto TERRADILLOS BASOCO afirmaba lo siguiente: «No se protege a los trabajadores en cuanto individuos necesitados de ayuda, sino a la "fuerza de trabajo" como titular de esos "intereses difusos o colectivos" que coinciden con un determinado orden económico y social»¹⁴⁸.

La aparición de estos delitos conformaron lo que la doctrina llegó a denominar un Derecho Penal del Trabajo¹⁴⁹ en el que coexisten tipos penales con la abundante normativa de orden social (de carácter administrativo sancionador), de modo que --aún siendo conscientes de la necesidad de la utilización de la norma punitiva en la materia en cuestión-- el Código penal debe mantenerse en todo caso en los límites del principio de intervención mínima, sin vaciar de contenido la ingente normativa laboral en la materia. En todo caso, se consideraba que había de tener siempre presente que el legislador penal sólo elevaba a la categoría de delito determinadas modalidades comisivas de conductas que, como regla general, realizadas por medios diferentes a los recogidos expresamente en el tipo penal serían constitutivas de infracciones administrativas en el ámbito laboral. Especialmente significativas al respecto, son el Título IV del Estatuto de los Trabajadores¹⁵⁰, la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social¹⁵¹ y la Ley de Prevención de Riesgos Laborales¹⁵². Al respecto es sumamente significativo el intento de sistematización, depuración y modernización del caótico sistema sancionador laboral pre-constitucional que lleva a cabo la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social¹⁵³, armonizando un ordenamiento jurídico que había sido conceptualizado por la doctrina como «prebeccariano»¹⁵⁴. Así las cosas, la crisis económica que sacude España en la segunda mitad de la primera década del siglo XXI da lugar a que el legislador incluyera, mediante la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, en la que se tipifica la conducta de «*quienes, de forma colectiva, están incumpliendo las obligaciones que les corresponden en relación con el aseguramiento obligatorio, o a propósito de las preceptivas autorizaciones para trabajar de aquellos los que ocupan en su actividad empresarial*»¹⁵⁵. Se incorpora de este modo el nuevo Artículo 311.2 CP¹⁵⁶. En la misma línea político-criminal, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, incluye el nuevo artículo 311 bis CP¹⁵⁷. Una política legislativa correcta, en esta y en otras materias en las que la amplia potestad sancionadora de la administración cohabita con el Derecho penal, exige al

legislador un especial celo a la hora de describir los ilícitos penales y los ilícitos administrativos, incluyendo elementos típicos claramente diferenciadores entre ambos. Ahora bien, en lo que respecta a la posible previsión de duplicidad de infracciones administrativas y penales en la concreta figura del artículo 311.2 CP (no comunicar alta a en seguridad social de forma colectiva) no parece claro el camino seguido por el legislador, dada su identidad con la infracción descrita en el artículo 22.2 TRLISOS ¹⁵⁸. En la misma línea, el nuevo artículo 311bis CP coincide, por un lado, con el enunciado de la infracción muy grave del artículo 37.1 TRLISOS que califica como infracción administrativa muy grave a ¹⁵⁹; y, por otro, con el artículo 8.4 TRLISOS ¹⁶⁰.

Con los nuevos artículos 311.2 y 311bis CP se produce una desnaturalización del espíritu con el se concibió el Título XV, pasando de una tutela de la clase trabajadora a convertirlo en un garante de la competencia y del incentivo empresarial ¹⁶¹.

La relación concreta ente la normativa sancionadora administrativa en materia laboral y los nuevos tipos penales de los artículos 311.2 y 322 bis del Código penal, lleva a plantear de nuevo la cuestión de la prejudicialidad penal que recogen los textos legislativos sancionadores en el ámbito laboral y, con ello, la incompatibilidad de la sanción administrativa laboral y el ilícito penal cuando se de identidad de sujeto, hecho y fundamento, estableciendo el deber de abstención de la jurisdicción social y la preeminencia de la penal ¹⁶². Al respecto, el legislador parece establecer el criterio diferenciador entre la infracción penal de forma objetiva en el porcentaje de sujetos afectados en relación al tamaño de la empresa (para la conducta del artículo 311.2 CP) y la reiteración del hecho (para la conducta del artículo 311bis, primer inciso CP), sin recogerse criterio alguno para el caso de la contratación de menores (del segundo inciso del artículo 311 bis CP) ¹⁶³, constituyéndose, de este modo en tipos penales de «imposición de condiciones de trabajo sin medio de comisión específica» ¹⁶⁴.

En cualquier caso, la prejudicialidad penal obliga a plantear otro problema. La normativa administrativa laboral deja bien claro que existen tantas infracciones como trabajadores no se hayan dado de alta en la seguridad social, o cuantos ciudadanos extranjeros sin autorización para trabajar en España hayan sido contratados, mientras que el tipo penal --tanto en el caso del artículo 311.2 CP, como en el primer inciso del artículo 311bis CP-- abarca en un solo delito la pluralidad de sujetos y/o hechos. De esta forma, en materia de sanción económica, el sujeto infractor podría verse beneficiado con la aplicación del tipo penal ¹⁶⁵, en tanto que este prevé una pena de multa común de seis a doce meses, acumulada a una pena de prisión que --sin embargo-- mantiene un intervalo excesivamente desproporcionado y demagogo, entre seis meses y seis años.

El hecho de que la distinción entre el ilícito penal y el ilícito administrativo esté basada en criterios exclusivamente cuantitativos afecta seriamente al principio de lesividad ¹⁶⁶, en tanto que se obvia acreditar la imposición de condiciones laborales lesivas para con los trabajadores, de un lado, ni exigir, de otro lado, la concurrencia de «engaño» o de «abuso de situación de necesidad» que pudiera fundamentar la lesividad al bien jurídico colectivo ¹⁶⁷.

La propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2012 y de la concreta cuantificación de la conducta típica del artículo 311.2 CP, conceptúa el tipo como un elemento más en la lucha contra la economía sumergida, en la misma línea que la referencia a la Directiva 2009/52/CE, por la que se establecen las normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, que fundamenta el nuevo artículo 311 bis CP. Dejando la función del Derecho penal 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 trabajador ¹⁶⁸.

II. EL PROBLEMA DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO

La sistemática que el legislador de 1995 otorgaba al Título XV, del libro segundo del Código penal, en el que --en su concepción original-- ubicaba un conjunto de delitos que expresamente rubrica «contra los derechos de los trabajadores», vino a determinar que fuese cual fuese el bien jurídico específicamente tutelado en cada figura delictiva en particular, todos tenían en común garantizar «los derechos de los trabajadores» derivados de una relación laboral como interés autónomo tutelado ¹⁶⁹, desde una perspectiva de titularidad colectiva, que (salvo alguna excepción) ¹⁷⁰ dará lugar a situaciones concursales en los casos en los que, además, confluya el interés de índole patrimonial o

personal del trabajador ¹⁷¹. La tutela de la «clase trabajadora», no obstante, queda extramuros de las novedosas figuras delictivas que incorporan las reformas de 2012 y 2015 en los artículos 311.2 y 311 bis del Código Penal.

Al margen a la referencia expresa a las condiciones laborales o de Seguridad pactadas en el contrato de trabajo individual, que en todo caso son --o deben ser-- condiciones que superan a la exigidas en las disposiciones legales o en el convenio colectivo aplicable y por tanto renunciabiles por el trabajador existe cierta unanimidad en considerar que el artículo 311.1 CP, como «delito general» referido a la protección de las condiciones laborales del trabajador ¹⁷². Esto es, como las Disposiciones legales y los Convenios colectivos vienen a reforzar en el Estado Social y Democrático de Derecho la situación de desigualdad real en la que está el colectivo de trabajadores respecto al empresario, el bien jurídico tutelado vendrá constituido por esos derechos laborales esenciales e irrenunciabiles pertenecientes a la clase trabajadora, de los cuales no tienen disponibilidad individual ¹⁷³, porque --de otro lado-- si la tuvieran, la decisión individual de algunos trabajadores permitiría al empresario alterar las condiciones laborales del sistema ¹⁷⁴.

Hasta la incorporación del artículo 311.2 CP por Ley Orgánica 7/2012, el problema respecto a este bien jurídico de dimensión colectiva lo planteaba exclusivamente la referencia que hacía el artículo 311 CP a la tutela de los derechos reconocidos en el contrato de trabajo individual. Como señalaba la doctrina, al incluir esta modalidad delictiva en el artículo 311.1 CP se puede llegar a situaciones perversas, puesto que podría darse el caso de que, en la misma empresa, una idéntica actividad del empresario sea considerada delito respecto a un trabajador y que respecto a otro que ocupe la misma categoría laboral y desempeñe las funciones correspondientes al mismo puesto de trabajo probablemente no sea constitutiva ni de infracción en el orden administrativo-laboral, y ello, simplemente porque en el contrato individual de un trabajador se introdujo una cláusula que mejoraba las condiciones laborales o de Seguridad Social aplicables al sector y en el del otro trabajador no se hizo. Esta situación ha llevado a considerar que se puede estar violando el principio de intervención mínima que rige el Derecho penal ¹⁷⁵. En la doctrina penal española también se ha mantenido, aún con carácter minoritario, la opinión de que en el artículo 311.1 y 3 CP se tutelan las condiciones laborales o de Social desde la perspectiva individual del trabajador concreto, argumentando que «la prestación del trabajo por cuenta ajena es una actividad inseparable de la persona que lo realiza y, por ello, el derecho a llevarla a cabo de forma que no perjudique el desarrollo de la personalidad es un derecho directamente anclado en la dignidad humana» ¹⁷⁶.

Ahora bien, respecto de los delitos previstos en los artículos 311.2 y 311bis CP difícilmente puede considerarse se estén tutelando los derechos sociales de los trabajadores. Su propio origen, contruidos en el marco de una crisis económica sin precedentes después de la segunda guerra mundial, le hace desprenderse del manto de tutela del trabajador como colectivo en la relación laboral. El tipo penal en estos supuestos pierde la función de tutela de la «clase» trabajadora, a incorporarse al Código penal con una función de incentivar la iniciativa empresarial, «garantizando unas relaciones económicas y empresariales basadas en las reglas de la competencia» ¹⁷⁷. Con lo que se produce una desnaturalización del Título XV, al acoger un valor que es completamente ajeno al bien jurídico protegido en el Título ¹⁷⁸. De hecho, si se prescinde de la objetivación del Derecho penal que hace el legislador de 2012 y de 2015 con la inclusión de estos artículos 311.2 y 311 bis CP, en aquellos casos en los que con la conducta descrita en ellos en los que realmente se menoscabase significativamente los derechos de los trabajadores, tanto la omisión colectiva del alta en la seguridad social, como la de contratación reiterada de ciudadanos extranjeros sin «permiso» de trabajo, serían típicas respecto de los artículos 311.1 y/o 312.2 CP ¹⁷⁹.

El legislador priva a los tribunales de cualquier labor hermenéutica respecto del análisis de cualquier elemento sustantivo, creando unos tipos exclusivamente formales, de valoración cuantitativa. En el caso del artículo 311.2 CP basta una operación aritmética básica para considerar típica (con penas de hasta 6 años de prisión, en el tipo básico) la contratación de trabajadores nacionales o extranjeros en situación regular en España sin anunciar el alta en la seguridad social, o a extranjeros sin permiso de trabajo, al margen de las condiciones laborales que se impongan en la práctica. Similar, sin determinar la cuantía, es la situación que se recoge en el primer inciso del artículo 311bis CP, respecto de el empleo «reiterado» a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo. Mas simple es la determinación del tipo en el inciso segundo del artículo 311bis CP, en relación al empleo

de menores de edad sin permiso de trabajo. De esta forma se hace imposible otorgar al hipotético bien jurídico protegido cualquier función hermenéutica limitadora del ámbito punitivo, en la hipótesis en la que --aun desde una perspectiva pluriofensiva del tipo-- pudiera plantearse que el mismo --en una instancia muy remota-- persiguiera la tutela de los derechos de los trabajadores como colectivo ¹⁸⁰. Así, si se toma en consideración el artículo 311.2 CP, resulta complejo afirmar que los derechos de los trabajadores como clase en el mercado laboral se van a ver afectados atendiendo a los porcentajes recogidos en el tipo, en tanto que pierde consistencia afirmar que la contratación de 6 trabajadores sin comunicar el alta a la seguridad social o sin la preceptiva autorización en caso de ser extranjeros va a ser lesiva al bien jurídico protegido, cuando la empresa o centro de trabajo tiene un total de 11 trabajadores, mientras que no será lesiva a dicho bien jurídico la contratación de 249 trabajadores sin comunicar el alta a la seguridad social en una empresa, cuando el total de trabajadores supera el millar. Esta realidad desvía el tipo penal hacia la tutela de la libre y leal competencia en el mercado, en tanto que, con este tipo de contrataciones, se abaratarían costes empresariales ¹⁸¹. Esta perspectiva, aún discutible como objeto de protección penal, si permitiría los diferentes porcentajes de «fraude» en la contratación laboral, en tanto en cuanto, empresas de similar tamaño y en sectores económicos determinados competirían en igualdad de condiciones. Otra opción sería considerar que se tutela la propia seguridad social como ente colectivo. Si bien, tanto en uno como en otro caso, la ubicación del tipo es errónea. Además, en el caso de que se considere un delito contra la Seguridad Social rompe con la cuantía de 50.000 euros en la defraudación que se exige en el artículo 307 CP, por lo que de producirse dicha defraudación, se estaría ante un concurso ideal de delitos. Ahora bien, la práctica jurisprudencial también pone en entredicho la posible lesividad a la libre competencia empresarial, atendiendo a los sectores económicos en los que se están dictando sentencias condenatorias. Al respecto, es relevante la aplicabilidad del tipo en la actividad relativa al «alterne remunerado».

Por otra parte, en relación a la tipificación de la contratación simultánea (artículo 311.2 CP) o reiterada (artículo 311bis CP) de trabajadores extranjeros sin autorización para trabajar en España, puede plantearse otra interpretación, --más correcta-- en la que no se tutele ni los derechos de los trabajadores, como colectivo, ni la libre y leal competencia en el mercado, sino que --de forma completamente desafortunada-- el legislador penal lo que hace es tutelar el control de los flujos migratorios. Es decir, lo cierto es que estos delitos, de forma subrepticia y poco afortunada, bajo el paraguas de un Título dedicado a la tutela de los derechos de los trabajadores, forman parte de las políticas de control del flujo migratorio ¹⁸². Debe tenerse en cuenta que, en estos casos sigue siendo delito aún cuando el empresario garantice de forma paralela todos los derechos que asistirían al trabajador extranjero sin autorización para trabajar en España si el mismo tuviera dicha autorización. En definitiva, como señala POMARES CINTAS, el legislador utiliza estos delitos con una doble dimensión: tutelando la competencia empresarial, como elemento de lucha contra la economía sumergida, y para salvaguardar la política de control del flujo migratorio ¹⁸³.

III. LA CONCRECIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA

Respecto de la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar en España, la diferencia entre el tipo del artículo 311.2 CP y el dl 311bis radica en la secuenciación de la conducta. En ambos casos debe existir una pluralidad de hechos, si bien, en el caso del artículo 311.2 CP la contratación colectiva de extranjeros sin autorización para trabajar en España debe ser simultánea, atendiendo a las distintas situaciones y porcentajes recogidos en el tipo; por su parte, la contratación de trabajadores extranjeros sin autorización para trabajar en España será relevante respecto del artículo 311bis CP, cuando se realiza de forma reiterada ¹⁸⁴. No sería posible la contratación simultánea del mismo trabajador por el mismo empresario que pudiera dar lugar al tipo del artículo 311.2 CP, pero no sería imposible plantear la reiteración de la contratación irregular del mismo ciudadano extranjero sin autorización para trabajar, por el mismo empresario en diferentes ocasiones. Como se ha advertido desde el inicio, en estos delitos la remisión a la normativa administrativa en materia laboral es absoluta. Respecto del tipo del artículo 311.2 CP el legislador hace depender la sanción penal exclusivamente de un determinado número de trabajadores ocupados y afectados ¹⁸⁵, un criterio exclusivamente cuantitativo, que supone una rechazable objetivación del derecho penal ¹⁸⁶. Queda fuera del tipo, en todo caso, la actividad laboral desarrollada en un centro de trabajo o empresa en el que estén empleadas menos de cinco personas.

Por trabajador habrá que interpretar, de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores todo aquel que voluntariamente presta sus servicios retribuidos cuenta ajena y dentro del organización y dirección de una empresa, al margen de la relación contractual formal que exista entre empleado y empleador. La doctrina ha planteado el problema acerca de si la cuantificación de la plantilla que da lugar a la diferenciación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo laboral en relación a la duración de los contratos. Así se plantean enormes dudas acerca de distintos parámetros para el cómputo de los trabajadores contratados irregularmente que darían lugar a la comisión del tipo del artículo 311.2 CP.

Así: a) ¿cómo se contabilizan los contratos a tiempo parcial o por horas? ¹⁸⁷; o b) ¿cuáles son los criterios para establecer el número de trabajadores en la plantilla a los efectos de determinar el porcentaje típico? ¹⁸⁸. Ello, al margen de la propia consideración de la existencia de una relación «laboral dependiente» en una actividad «alegal» que permita cuantificar los porcentajes de plantilla recogidos en el artículo 311.2 CP. Debe tenerse en cuenta que lo absurdo de la objetivación del tipo permite considerar atípico --relevante como tantas infracciones administrativas en el ámbito laboral como trabajadores contratados sin comunicar el alta a la seguridad social o sin autorización para trabajar en España--, ser castigado con pena de hasta seis años de prisión, la contratación irregular de 6 trabajadores dependiendo de si se parte de un cómputo de la plantilla de 10 o de 11 trabajadores. Respecto del tipo del artículo 311bis CP la situación varía, en tanto, por cuanto a su apartado primero, la reiteración de la contratación de ciudadanos extranjeros sin autorización para trabajar en España no viene tasada expresamente en la Ley Penal, permitiendo una cierta interpretación hermenéutica por la jurisprudencia. Asimismo en cuando se trata de menores sin autorización para trabajar, parece que también se limita al menor extranjero.

El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo

Fernando Navarro Cardoso

Profesor Titular de Derecho Penal

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

I. INTRODUCCIÓN: DE LA POLÍTICA LEGISLATIVA

El artículo art. 311 bis CP establece: « *Será castigado con la pena de prisión de tres a dieciocho meses o multa de doce a treinta 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* ».

Es introducido por la conocida Reforma 2015 ¹⁸⁹. Se ignoran, a ciencia cierta, los concretos motivos del legislador para esta inclusión (la *ratio legislatoris* de la Teoría del Derecho), pues ni el proyecto de ley enviado por el Consejo de Ministros al Congreso de los Diputados ni el texto definitivo enviado al Boletín Oficial del Estado para su publicación, contienen una referencia explícita y directa a esos fundamentos o razones. Bien es verdad, dicho sea de paso, que no es que prodiguen últimamente las exposiciones de motivos, pues con demasiada frecuencia se está acudiendo a preámbulos. Esto significa que el Gobierno no cree necesaria una explicación, razonada y razonable, de los motivos que lo llevan a proponer al Parlamento la aprobación de una ley, bastando con una explicación de su contenido y, en el mejor de los casos, una somera reseña de compromisos, internacionales o regionales, asumidos por el Estado, que obligan a tal aprobación, como ocurre, precisamente, en este caso.

La única referencia contenida en el Preámbulo es en el apartado XXV, donde se abordan de manera expresa los arts. 177 bis y 318 bis. Este apartado termina con un párrafo del tenor siguiente: «La reforma culmina también la transposición efectiva de la Directiva 2009/52/CE, por la que se establecen las normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular». Hay que inferir que este párrafo es el dedicado al art. 311 bis, porque es cierto que la citada Directiva fija las demandas sancionadoras en materia de contratación ilegal de extranjeros «sin papeles», en las que luego me detendré.

Tampoco ayudan los preceptivos informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, sencillamente, porque no se pronunciaron en lo que a este precepto se refiere. El motivo no puede ser otro que es que no estaba previsto en la versión del Anteproyecto remitido a los citados

órganos, pues ninguno de los dos informes hace la más mínima alusión a él ¹⁹⁰. El artículo fue introducido en versiones posteriores del anteproyecto, antes de su remisión al Consejo de Ministros, figurando ya en el texto enviado al Congreso de los Diputados ¹⁹¹.

En lo que al también preceptivo pronunciamiento del Consejo de Estado se refiere, éste sí tuvo ocasión de emitir su parecer ¹⁹². De hecho, lo formula a partir de «la última versión del texto proyectado», dice textualmente, y añade que, de esta última incorporación, «no presente en los anteriores borradores de Anteproyecto», «no se hace eco la detallada exposición de motivos», sugiriendo que lo haga. En efecto, el texto que se le hace llegar es de fecha 3 de abril de 2013, cuando ya se habían pronunciado el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal. La sugerencia hecha debe entenderse que se corresponde con el párrafo del Preámbulo antes transcrito, aunque en él no se llega a vincular directa y expresamente el art. 311 bis y la Directiva 2009/52/CE, que parece que es la razón de su origen, si nos atenemos a lo expresado por el Consejo de Estado («lo que se penaliza...está en conexión con el espíritu de la norma comunitaria, la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002»), y a que, como antes apunté, es el único párrafo que, siguiendo la recomendación de este órgano, puede inferirse que sirve de justificación de la existencia del precepto objeto del presente trabajo.

Todo esto puede poner de manifiesto una cuestión nada baladí, cual es la desatención por parte del Poder Ejecutivo hacia los instrumentos que coadyuvan a garantizar la calidad normativa, amén del visado de legalidad que comportan, cuales son los informes preceptivos de órganos constitucionales. Escapa en mucho a los objetivos de esta investigación entrar en cuestiones de política legislativa, pero pronto podrá constatar que aquella desatención tiene mucho que ver con una incomprensible y parece que irresistible vocación del legislador de transponer mandatos provenientes de la Unión Europea de manera literal; transposiciones carentes, en muchos casos, de cualquier análisis previo hecho con un mínimo de rigor, del que resultaría la innecesariedad de la reforma, toda vez que una norma preexistente ya cumplía satisfactoriamente las imposiciones derivadas de la legislación comunitaria.

Doy, pues, por supuesto, que el fundamento del art. 311 bis CP es culminar la efectiva transposición de 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* ¹⁹³.

El objeto de la Directiva es claro, a tenor de lo establecido en su art. 1: «*La presente Directiva prohíbe el empleo de nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular con el fin de combatir la inmigración clandestina. A tal fin, establece unas normas comunes mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables en los Estados miembros a los empleadores que no respeten dicha prohibición*». Con este propósito, el apartado 1 del art. 3 dispone que «*los Estados miembros prohibirán el empleo de nacionales de terceros países en situación irregular*», delimitando el apartado 2 el ámbito sancionador: «*La infracción de esta prohibición será objeto de las sanciones y medidas establecidas en la presente Directiva*».

Pues bien, el art. 9 define expresamente la política criminal comunitaria en la materia, acotando el margen decisorio de los Estados miembros, impidiendo, como sucede en otras ocasiones, que sean éstos los que opten por la calificación de los hechos como infracción administrativa o como delito. Así, establece, en un incorrecto español, dicho sea de paso: «*1. Los Estados miembros velarán por que la infracción de la prohibición establecida en el artículo 3, si es intencionada, constituya un delito en cada una de las circunstancias siguientes, definidas en el Derecho nacional:*

- a) la infracción continúa o es reiterada de modo persistente;*
- b) la infracción se refiere al empleo simultáneo de un número importante de nacionales de un tercer país en situación irregular;*
- c) la infracción se acompaña de unas condiciones laborales particularmente abusivas;*
- d) el autor de la infracción es un empleador que, sin haber sido acusado o condenado por un delito establecido en virtud de la Decisión marco 2002/629/JAI, hace uso del trabajo o los servicios de un nacional de un tercer país en situación irregular, sabiendo que esa persona es víctima de la trata de seres humanos;*
- e) la infracción se refiere al empleo ilegal de un menor.*

2. Los Estados miembros se asegurarán de que la complicidad en los actos dolosos a los que se hace referencia en el apartado 1 y la incitación a cometerlos sean punibles como delito».

En definitiva, compelido por el principio de jerarquía normativa, el legislador español estaba obligado a tipificar como delito las conductas previstas en el acabado de citar art. 9 de la Directiva; si

no lo estaban ya, obviamente. De resultas, no se sostiene el argumento de que dichos comportamientos estaban ya previstos como infracción administrativa, pues el mandato, insisto, era otro. Y entendió (adelanto ya, equivocadamente) que algunas de las previsiones incriminadoras de este precepto no tenían reflejo en nuestro Código Penal, procediendo a la introducción del art. 311 bis. En concreto, las contenidas en las letras a), b), d) y e).

II. ANÁLISIS DEL TIPO

1. Los objetos de tutela

La arquitectura tradicional del análisis dogmático de un tipo penal exige comenzar por el objeto de tutela, resistiendo la tentación de comenzar por la conducta. Además, como bien dijo García Arán, no hay que perder de vista que el bien jurídico no es inmanente a la norma, motivo por el cual hay que evitar «el círculo vicioso que supone buscar el bien jurídico a partir de la norma y a continuación utilizar ese mismo concepto para interpretarla»¹⁹⁴.

El criterio sistemático invita a entender que los derechos de los trabajadores están presentes en la tutela que dispensa el art. 311 bis, aunque solo sea porque se ubica en el Título XV del Libro II, «de los delitos contra los derechos de los trabajadores»; si bien la rúbrica del apartado donde se encuentra un precepto no es un criterio que oriente en exceso, incluso en ocasiones nada, pues el Código Penal español tiene sobrados ejemplos de preceptos mal incardinados. En este caso, lo cierto es que, hoy por hoy, es imposible emplear a un ciudadano extranjero «sin papeles» sin conculcar sus derechos, entendiendo por éstos los que dimanen de la relación contractual, o, dicho de otro modo, los derechos mínimos de los trabajadores nacidos de la relación laboral. Se puede contratar a uno, o a cien, respetando escrupulosamente sus condiciones de trabajo, pero, en ningún caso, las de seguridad social: como no se le puede dar de alta, no podrá acceder a ninguna de las distintas prestaciones de seguridad social; y recordemos, que casi todas son de carácter económico. De hecho, así lo reconoce de manera explícita el legislador en el Preámbulo de la Ley Orgánica 7/2012, cuando introduce el nuevo apartado 2º del art. 311 CP¹⁹⁵ (que, adelanto ya, contiene básicamente el mismo injusto material que el art. 311 bis). La realidad, no obstante, suele ser otra bien distinta, pues lo normal es que quien contrata se aproveche de la situación irregular del ciudadano extranjero y también se afecten sus condiciones de trabajo (jornada, remuneración, descanso, vacaciones retribuidas, etc.). En consecuencia, el criterio interpretativo sistemático nos ayuda a sostener que, en tanto en la dirección de ataque de la conducta consistente en contratar (de forma reiterada exige el tipo, irrelevante en estos momentos) a ciudadanos extranjeros sin autorización de trabajo (incluyendo, claro está, a las personas víctimas de trata y a los menores de edad --mayores de edad laboral, como luego veremos--), se encuentra el contenido esencial del derecho fundamental --de naturaleza colectiva-- a acceder a un empleo con respeto a las condiciones laborales y de seguridad social (tal como proclaman los arts. 22, 23 y 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, texto básico de referencia), el tipo penal previsto en el art. 311 bis CP es, también, un delito contra los derechos de los trabajadores. En definitiva, *emplear ciudadanos extranjeros en situación administrativa irregular implica su explotación, en tanto, como mínimo, se les impide acceder a las prestaciones y garantías de seguridad social*; y eso presuponiendo que se van a respetar sus condiciones de trabajo.

El criterio teleológico aporta otros elementos de definición. Como apunta Pomares Cintas¹⁹⁶, la contratación de extranjeros en situación administrativa irregular opera en el ámbito de la economía sumergida, abaratando los costes en tanto no acceden a determinadas prestaciones y garantías, generando una situación de competencia desleal. De resultas, se está protegiendo la competencia empresarial. No lo confiesa el legislador en esta ocasión, pero sí lo hizo, y otra vez de manera clara y diáfana, en el citado Preámbulo de la LO 7/2012 cuando introdujo la modificación del art. 311 CP: «*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, ...distorsiona[n] la competitividad y desincentiva[n] la iniciativa empresarial*». Por otro lado, el objeto de la Directiva, fundamento del precepto, recordemos, es «combatir la inmigración clandestina», esto es, la ordenación de los flujos migratorios. Su Considerando 2 es indubitado: «*La posibilidad de encontrar trabajo en la UE sin poseer el estatuto legal exigido es uno de los principales factores de atracción de la inmigración clandestina en la UE. Así pues, la lucha contra la inmigración clandestina y la estancia ilegal debe incluir medidas que atajen ese factor de atracción*».

Le asiste la razón, pues, a Pomares Cintas cuando sostiene que «el objeto de tutela del nuevo delito del artículo 311 bis adquiere, por tanto, 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»¹⁹⁷. Detengámonos un momento en esta reflexión. Primero. Es empíricamente cierto que se contrata o da empleo a migrantes en situación administrativa irregular¹⁹⁸. Segundo. Esa contratación, o esa dación de empleo sin contrato, en tanto tiene lugar en el seno de la economía sumergida, es aprovechada para abaratar costes¹⁹⁹. Tercero. Ese abaratamiento atenta contra la libre y leal competencia empresarial. Cuarto. Esa reducción solo puede operar afectando materialmente condiciones laborales y/o de seguridad social del trabajador. Ergo, junto a la competencia empresarial y el control de los flujos migratorios, también hay que entender que es objeto de tutela los derechos de los trabajadores nacidos de la relación laboral²⁰⁰, aunque no fuese esa la pretensión originaria del Parlamento Europeo y el Consejo, aunque no fuese esa la voluntad del legislador. Y dicho esto sin entrar a considerar aún la necesidad del precepto, lo que solo puede tener lugar tras el correspondiente análisis de la conducta típica.

2. Configuración típica

Comenzando por la conducta, consiste en emplear o dar ocupación. La distinción no tiene mayor virtualidad, porque si se piensa en la formalización, el art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores prevé que el contrato de trabajo se pueda celebrar por escrito o de palabra. Es más, prevé que «*se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel*». Y si se piensa en la ocasionalidad u otra circunstancia, cambiará la modalidad, pero siempre que se trate de servicios voluntarios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otro, será empleo. En todo caso, si la pretensión del legislador era no dejar resquicio a la impunidad en relación con el empleo informal, como dice el refranero español, «lo que abunda no daña».

El Código Penal, como apuntan acertadamente Villacampa y Salat, emplea una expresión técnicamente obsoleta, pues en vez de permiso de trabajo debiera referirse a la autorización de

trabajo²⁰¹. No obstante, la primera expresión está tan arraigada que las estadísticas oficiales, las resoluciones judiciales, etc., continúan empleándola. Se exige, cuando la víctima es mayor de edad, la reiteración, concepto carente de la siempre deseable concreción, tarea que le competirá a los

jueces y tribunales²⁰². Se trata de un delito especial, pues solo puede ser sujeto activo quien ostente la condición de empleador, expresión entendida en sede penal en sentido amplio, tal como doctrina y jurisprudencia han venido siempre entendiendo. Dada la redacción del precepto, puede inferirse que

se trata de un delito de mera actividad²⁰³. No lo es. En el siguiente apartado intento acreditar que las conductas previstas en el art. 311 bis CP tienen perfecto encaje en los arts. 311 y 312 CP, y son delitos de resultado, como no podía ser de otro modo, en tanto a la conducta de emplear le sigue el resultado de causación de un perjuicio, cual es la afectación, cuando menos en este caso, de las condiciones de seguridad social, pues se le impide a la víctima el acceso a las prestaciones y garantías de seguridad social²⁰⁴. Cabe, pues, la tentativa.

En tanto los objetos de tutela son, en todo caso, de naturaleza colectiva, el concreto trabajador tendrá la consideración de víctima y perjudicado, sea uno o varios²⁰⁵. Queda incluida la persona víctima de

trata en situación irregular²⁰⁶. Como una de las modalidades delictivas previstas es el empleo de un menor de edad, resulta obvio que, como el art. 6.1 del Estatuto de los Trabajadores prohíbe el acceso al empleo a menores de dieciséis años, y el tipo penal se refiere a los que no posean permiso de trabajo, por aquél hay que entender al mayor de esta edad y menor de dieciocho años. En sede de tipo subjetivo, como el precepto no contiene elemento subjetivo del injusto, basta el dolo genérico, incluyendo el dolo eventual. Obviamente, en el caso de que la víctima lo sea, a su vez, de un acto de trata, o sea menor de edad, el dolo del agente debe abarcar este conocimiento²⁰⁷.

Está configurado expresamente como tipo residual alternativo: «*salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código*». Aunque solo sea por esta previsión, se hace imprescindible acercarse a ese otro posible precepto, que como tendremos ocasión de comprobar, son varios. Pero no solo por este motivo estrictamente dogmático. Hay otra razón político-criminal que invita a ello: la posibilidad de que la conducta típica ya esté prevista y, por ende, resulte innecesaria la inclusión de este artículo 311 bis en el Código Penal.

III. OTRAS PREVISIONES TÍPICAS

Ya antes hice alusión a la reforma del art. 311 CP, incluyéndose un nuevo apartado segundo: «*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».*

Rápidamente puede constatarse que el desvalor de acción y de resultado contenido en ambos preceptos son básicamente los mismos: emplear a trabajadores sin darles de alta en el régimen de la Seguridad Social, causándoles el consiguiente perjuicio. El art. 311 se refiere a trabajadores nacionales, o extranjeros con o sin autorización de trabajo, y el 311 bis a trabajadores extranjeros sin autorización de trabajo. El primero exige una contratación simultánea múltiple, y el segundo reiterada, lo que incluye el caso de simultaneidad. Queda fuera del art. 311 cuando los trabajadores son menos de cinco.

Por otro lado, si la imposición de las condiciones de trabajo y/o de seguridad social se lleva a cabo de acuerdo con alguno de los medios previstos en el art. 311.1º (engaño o abuso de situación de necesidad) o 311.4º (violencia o intimidación), caben todos los supuestos, con independencia del número. La realidad muestra que lo normal es que el empleador se aproveche de la situación de necesidad derivada de la situación administrativa irregular para imponer las condiciones abusivas.

¿Era necesario un nuevo precepto que cubriese la imposición lesiva de condiciones de trabajo y/o de seguridad social cuando el número de trabajadores sea inferior a cinco, sin concurrencia de los medios previstos en el art. 311, único supuesto no subsumible en éste? La respuesta sigue siendo negativa. El inciso final del art. 312.2 CP establece: «*En la misma pena incurrirán... quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato*

individual»²⁰⁸. Una condición que suprime un derecho reconocido por disposición legal es no dar de alta en la Seguridad Social, que no va a ser posible, en ningún caso, como ya dije al principio, al carecer de autorización de trabajo. Y aquí caben los supuestos en que el número de extranjeros sean uno o cinco, una sola vez o de modo reiterado, en cuyo caso entraría en juego la regla del delito continuado. En cuanto a la observación de que quedan fuera del ámbito de protección los supuestos en los que no se exige autorización de trabajo (los extranjeros dedicados a actividades ilícitas, o los menores de dieciséis años)²⁰⁹, siendo cierto, no lo es menos que las finalidades político-criminales perseguidas eran otras, las cuales, no obstante, como estamos comprobando, ya estaban más que satisfechas con los tipos penales existentes.

Cuando la persona empleada ha sido víctima de trata, este plus de antijuricidad debe resolverse vía concurso real con el tipo previsto en el art. 177 bis.

IV. EL RÉGIMEN SANCIONADOR ADMINISTRATIVO

El art. 54.1 d) de la conocida como Ley de Extranjería prevé²¹⁰: «*Son infracciones muy graves:... d) 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*». El art. 36.1 de la citada norma, dice, por su parte: «*Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente*». La previsión está en consonancia con el ya citado art. 6.1 del Estatuto de los Trabajadores, que, recordemos, prohíbe el acceso al empleo a menores de dieciséis años. Por último, el art. 37 TRLISOS

establece²¹¹: «*Serán consideradas conductas constitutivas de infracción muy grave las de: 1. 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... 3. Las de las personas físicas o jurídicas que*

promuevan, medien o amparen el trabajo de los extranjeros en España sin el preceptivo permiso de trabajo».

De los preceptos transcritos se infiere, rápidamente, que lo previsto en el ámbito penal está igualmente previsto en el ámbito administrativo-sancionador. La tentación más inmediata es preguntarse si era necesaria la introducción del art. 311 bis CP, dado este conjunto de infracciones administrativas. Pero no hay que perder de vista que el legislador español no tenía margen para decidir qué política criminal en concreto seguir en la materia que nos ocupa, pues se trata de una decisión que ya adoptó el legislador comunitario, y reitero, por mandato del principio de jerarquía normativa, el legislador nacional venía compelido a su cumplimiento.

Queda por saber si la decisión del Parlamento Europeo y del Consejo fue caprichosa o fundada en razones, que se compartirán o no. Y lo cierto es que se pronuncia expresamente al respecto. Así el Considerando 21 de la tantas veces aquí citada Directiva 2009/52/CE sostiene lo siguiente: *«La experiencia ha puesto de manifiesto que los regímenes de sanciones vigentes resultan insuficientes para garantizar el pleno respeto de las prohibiciones relativas al empleo de nacionales de terceros países en situación irregular, entre otros motivos porque probablemente las sanciones administrativas no bastan para disuadir a determinados empleadores poco escrupulosos. El respeto de las normas puede y debe favorecerse gracias a la aplicación de sanciones penales».*

V. CONCLUSIONES: DE POLÍTICA LEGISLATIVA

Una vez más, y resulta ya cansino, el legislador ha mostrado el más absoluto desprecio por la «Ciencia de la legislación». Para empezar, el legislador comunitario, pero también el legislador nacional. Y a las pruebas me remito, una vez más: se ha introducido un precepto absolutamente innecesario. Más aún, las anteriores reformas del Código Penal ya produjeron dislates, en esa obsesiva manera de gestionar los mandatos de transposición propios del Derecho de la Unión Europea. En segundo lugar, no solo es obsesiva, sino también torpe. El Considerando 24 del Preámbulo de la Directiva exige que «los delitos deben castigarse con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias». En consonancia con ese espíritu, el art. 10.1 prevé: *«Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las personas físicas que cometan el delito contemplado en el artículo 9 sean objeto de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias».*

Hablo de torpeza porque no se entiende que, con un mandato tan claro y diáfano, prevea el legislador español la pena que fija, de tres a dieciocho meses o multa de doce a treinta meses, eso sí, *«salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código»*, lo que efectivamente ocurre, sea el tipo que sea en el que se pretenda la subsunción de la conducta prevista en el art. 311 bis CP:

- Art. 311, tipos básicos: prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses.
- Art. 311, tipo agravado: prisión de seis años y un día a nueve años, y multa de doce a dieciocho meses.
- Art. 312: prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses.

Queda una cuestión por abordar, propia de este apartado de conclusiones. ¿Es necesaria la intervención del Derecho Penal para emitir un juicio de reproche acerca la conducta consistente en contratar ciudadanos extranjeros «sin papeles» (generadora, siempre, del resultado perjuicio para los trabajadores)? ¿No bastaba dejarlo en manos del Derecho Administrativo sancionador, calificando la conducta como infracción administrativa, tal como hace nuestra Ley de Extranjería? Esa es la opinión, de hecho, del Consejo de Estado, en el dictamen al Proyecto de ley ya aquí comentado: *«parece más propia de una infracción administrativa»*. La respuesta no es sencilla, incluso para aquellos que hemos tradicionalmente abogado, en reiteradas ocasiones, por un Derecho Penal mínimo, garantista, donde éste quede reservado para emitir juicios de reproche sobre conductas que contengan un mínimo de injusto material, delimitado conforme al criterio de que en la dirección de ataque de la conducta desaprobada se encuentre el contenido esencial de un derecho fundamental.

Si fuese un problema estructural, es obvio que habría que reclamar la no intervención del Derecho Penal, por carecer de competencia y de eficacia: quien está llamado por mandato constitucional a ordenar las políticas, en este caso, la migratoria, es del Derecho Administrativo, porque el Derecho Penal no es capaz de solucionar problemas, no es su función, limitándose a intervenir, como acabo de apuntar, emitiendo juicios de reproche debido a la cantidad de injusto material de la conducta desaprobada. Y en la medida en que no es competente, es absolutamente ineficaz para conducir de forma ordenada las circunstancias generadoras de las disfuncionalidades en el control de los flujos migratorios ²¹². Siendo como es un problema coyuntural, cabe la intervención del Derecho Penal

siempre que supere los filtros de necesidad y merecimiento. Por razones de espacio, me limito a traer los resultados aquí ²¹³: 1) La necesidad de tutela penal se satisface dando cumplimiento a dos exigencias: 1.1) La insuficiencia de la protección que se brinda desde otros ámbitos normativos menos lesivos, caso del Derecho Administrativo sancionador, cuestión que resuelve en sentido negativo la experiencia, como constata la Directiva y la propia Administración laboral española. 1.2) Acreditando que con la intervención penal no se generan consecuencias accesorias de carácter negativo, lo que no alcanzo a vislumbrar en este caso. 2) El merecimiento exige dar cumplida satisfacción también a dos exigencias: 2.1) Acreditando la importancia del interés a proteger, verificado en tanto se pone en peligro el derecho fundamental a un trabajo en condiciones dignas y seguras. Y 2.2), concretando la gravedad de las formas de ataque, exigencia vinculada directamente a la configuración típica, juicio que han superado, en general, los tipos penales contenidos en los art. 311 y 312, ambos CP.

Como conclusión, una reiteración: emplear ciudadanos extranjeros «sin papeles» implica *per se* su explotación, pues, cuando menos, se cercenan sus derechos de seguridad social, impidiéndoles el acceso al régimen de prestaciones y garantías; amén de que lo normal es aprovecharse de su situación para imponerles condiciones de trabajo intolerables.

Escapa en mucho a las pretensiones de este trabajo, pero siendo cierto, como apunta Pomares Cintas ²¹⁴, que la tutela de los trabajadores ha resultado desplazada de la agenda política por la tutela y el fomento de los intereses empresariales, no es menos cierto que la explotación del trabajador, máxime en los tiempos que corren, debe seguir siendo una prioridad política de primer orden, y no solo --que ya de por sí sería argumento suficiente-- por las tasas de siniestralidad laboral, vinculada a las condiciones de trabajo, sino porque hay un mayoritario sector de la clase política que es incapaz de ver, y entender, que la recuperación económica también pasa por un empleo estable, digno y seguro. Por ello, aunque le muevan otras preocupaciones a la hora de legislar --llámense competencia empresarial o control de los flujos migratorios--, allí donde sea posible obtener un rendimiento material de la norma, orientándola a la tutela del trabajador explotado, siempre que haya un escrupuloso respecto a las garantías penales y a las reglas de imputación, bienvenido sea. Eso tuve la oportunidad de aprender en los años que dediqué al Derecho Penal del Trabajo, teniendo siempre como referente a Juan M^a Terradillos Basoco, colega y amigo, incluso en la discrepancia científica, dedicado profesionalmente a muchos temas de la Ciencia Penal, con mayúsculas, de la que es, sin duda alguna, un referente indiscutible, pero sin abandonar nunca la tutela penal de los derechos de los trabajadores, como lo prueba el dato de que, salvo error u omisión por mi parte, dos de sus tres últimas tesis dirigidas, o codirigidas, hayan versado sobre este tema, en uno de cuyos tribunales tuve el inmenso honor de participar.

¡Se acabaron las mayorías absolutas parlamentarias! Una crónica política hacia la descriminalización del ejercicio del derecho de huelga

Rosario de Vicente Martínez

Catedrática de Derecho Penal

Universidad de Castilla-La Mancha

Un buen regalo de cumpleaños para el Profesor Terradillos, seguramente no el mejor de cuantos pudiera recibir, sería haber ganado la partida a aquellos que defienden con todas las piezas del tablero --peones, caballos, alfiles, torres, dama y rey--, la prisión para los piquetes de huelga. Como dijo Bobby Fischer «el ajedrez es una guerra en un tablero. El objetivo es aplastar la mente del oponente» y en ello estamos, pues si la huelga como tal representa una conducta coactiva o en su caso amenazante y es esa función de coacción su razón de ser como derecho fundamental, la primera y más importante consecuencia que se deriva para el legislador de la consagración de la huelga como derecho fundamental es la de que no está legitimado para incriminar el ejercicio de derecho de huelga como tal. El reconocimiento por la Constitución española de este comportamiento coactivo como contenido de un derecho fundamental resulta incompatible con su calificación como conducta delictiva contra la libertad individual, es decir, como coacciones o amenazas. El derecho de huelga implica el derecho a requerir de otros la adhesión a la huelga. Del hecho de que el piquete actúe en el marco del ejercicio de un derecho fundamental se deriva que, en los casos de hechos no manifiestamente constitutivos de violencia o intimidación, el exceso en la labor de persuasión debe resolverse a favor del derecho fundamental.

El propio Tribunal Constitucional en su sentencia 254/1988, de 21 de diciembre, declaró que el derecho de huelga «implica el derecho a requerir de otros la adhesión a la huelga y a participar,

dentro del marco legal, en acciones conjuntas dirigidas a tal fin», lo que de algún modo legitima la actuación de los llamados «piquetes informativos», siempre que no ejerzan una fuerza, violencia o intimidación que coarte gravemente la libertad de los trabajadores que no están en huelga.

¿Qué han hecho el Partido Socialista y el Partido Popular cuando han gozado de mayorías parlamentarias absolutas con el artículo 315.3 del Código penal, rémora del articulado legislativo franquista? Veámoslo.

I. UNA CRÓNICA DE LA HISTORIA

Nos remontamos a la aprobación de la Ley 23/1976, de 19 de julio, sobre modificación de determinados artículos del Código penal relativos a los derechos de reunión, asociación, expresión de las ideas y libertad de trabajo, que fue la encargada de introducir los párrafos segundo y tercero en el viejo artículo 496 del Código penal con el fin, según explica la Exposición de Motivos de la citada Ley, de hacer frente a «la presencia y la creciente actividad agresiva de grupos organizados que se autodenominan "piquetes de extensión de huelga", y que maltratan o intimidan a los trabajadores, significan no sólo una ofensa a la libertad del trabajo, sino también al mismo derecho a la huelga, que descansa en la libertad personal del trabajador, constituye, sin duda, un ataque a la seguridad de los trabajadores, que se viene a sancionar en el artículo cuatrocientos noventa y seis, añadiendo dos nuevos párrafos al texto actualmente vigente». Como ha subrayado Terradillos, bajo este eufemismo, el objetivo que se buscaba era la intimidación de las organizaciones sindicales --entonces todavía clandestinas-- y de los trabajadores más activamente comprometidos con ellas y especialmente reivindicativos, en la organización y desarrollo de los piquetes de huelga.

La Ley de julio del 76 constituye el último acto legislativo penal inspirado en el propósito de fomentar el régimen de la dictadura desde dentro, manteniendo el mismo sistema político sin apertura alguna a la democracia. Con estos dos párrafos añadidos al antiguo artículo 496 se resolvía el problema del tratamiento jurídico penal de los denominados «piquetes de trabajadores». Ello me dio pie a analizar, y a criticar, en uno de mis primeros trabajos, «El derecho de huelga y el delito de coacciones» publicado en la Revista Poder Judicial de 1989, la introducción por la Ley de 19 de julio de 1976 del párrafo 2.º del artículo 496 por, entre otras muchas razones, ser innecesario y poner en entredicho la concepción democrático-liberal de nuestro Código penal. En aquel precepto se castigaba con las penas de arresto mayor en su grado máximo y multa de diez mil a cien mil pesetas «a los que actuando con violencia o intimidación, en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, obliguen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, paro o cierre empresarial».

Bajo la apariencia de la protección de un supuesto derecho al trabajo lo que en realidad se pretendía por parte de las fuerzas del Régimen todavía subsistentes era evitar la efectiva operatividad del derecho a la huelga. Como reconoció entonces parte de la jurisprudencia, a través del tipo agravado que se introducía en el artículo 496 no se protegía el derecho fundamental a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses consagrado en el artículo 28.2 de la Constitución, sino, contrariamente, el bien jurídico protegido era el derecho a no hacer la huelga o no estar en huelga. En este sentido se manifestaba la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1986: «no se protege así, contra lo que pudiera deducirse de expresiones desafortunadas de la Exposición de Motivos de la Ley creadora del tipo, el derecho fundamental a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses, hoy consagrado en el artículo 28.2 de la Constitución, sino, contrariamente, el bien jurídicamente protegido es el derecho a no hacer huelga o a no estar en huelga».

El derecho de huelga es un derecho fundamental consagrado en la Constitución que, a diferencia de otros derechos fundamentales, no ha sido objeto de desarrollo legislativo, incumpliendo el legislador el mandato constitucional que, tras reconocer el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses, establece que *la ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*. Ninguna ley postconstitucional ha regulado el ejercicio del derecho de huelga ni ha establecido los límites a su libertad, ni tampoco ha definido el ámbito de lo punible. Todo lo contrario. Tras el fracaso de los intentos legislativos por aprobar una Ley Orgánica de Huelga, hoy sigue todavía aplicándose una norma preconstitucional como es el Real Decreto Ley sobre Relaciones de Trabajo 17/1977, de 4 de marzo, que fue declarado parcialmente inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril.

Es cierto que la intervención de los Tribunales en este campo fue escasa, escasez provocada no ya solo por el respeto al principio de intervención mínima, sino también por ser desproporcionada en el conflicto de dos bienes jurídicos como son, el derecho de huelga y la facultad de no hacer la huelga. Una de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional, la STC 11/1981, de 8 de abril, advierte

que «una de las facultades del derecho de huelga es la publicidad o proyección exterior de la misma», apuntando igualmente el Auto 17/1995, de 24 de enero, del mismo Tribunal, que el derecho de huelga «implica requerir de otros la adhesión a la misma y a participar, dentro del marco legal, en acciones conjuntas dirigidas a tal fin. Es actividad propia de los denominados piquetes de huelguistas la de difundir información, propaganda e incluso persuadir a los trabajadores para que se unan a la huelga o abandonen el trabajo, entendiendo en todos estos supuestos que tales funciones integran el contenido del derecho reconocido en el artículo 28. 2 de la Constitución».

Ese mismo año, 1995, se tramitaba un nuevo Código penal, el bautizado como «Código penal de la democracia» y, a pesar de su bautismo, ningún grupo parlamentario se atrevió a proponer la derogación del delito de coacción a la huelga. A este polémico e inconstitucional delito solo se presentaron dos enmiendas: la enmienda 398 del Grupo Popular que proponía: «La misma pena se impondrá a los que actuando individualmente o de acuerdo con otros...» (resto igual), justificando la misma en que «tales conductas realizadas por una persona individual sobre otro trabajador quedarían impunes», y la enmienda número 767 del Grupo Federal IU-IC, enmienda de modificación en el sentido de sustituir el texto entonces vigente por el siguiente: «Los que obstaculizaren gravemente o impidieren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o arresto de doce a veinticuatro fines de semana». Para el Grupo Federal IU-IC «no tenía sentido alguno no proteger la libertad sindical o el derecho de huelga, ya que las penas son las mismas que prevé el artículo 168 (delito de coacciones). Si se exigen coacciones y se castigan con las mismas penas que las coacciones, el hecho de realizarlas con un objetivo antisindical será irrelevante y la libertad sindical y el derecho de huelga pasarían a ser los únicos derechos fundamentales ayunos de protección penal».

Ya en el Senado, el Grupo Parlamentario Popular reiteraba la enmienda de modificación presentada en el Congreso y el Grupo Parlamentario Socialista presentaba la enmienda núm. 367 de modificación por coherencia con enmiendas anteriores con el siguiente texto: «1. Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga. 2. Si las conductas reseñadas en el apartado anterior se llevaran a cabo con fuerza, violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado. 3. Las mismas penas del apartado segundo se impondrán a los que, actuando en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga».

Finalmente, el nuevo Código penal, salido de la democracia, optó por mantener el delito con la redacción propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista, en aquel momento con mayoría absoluta parlamentaria, castigando con las penas de tres años a cuatro años y seis meses y multa de doce a dieciocho meses a los que «actuando en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga».

II. UNA CRÓNICA DE OPORTUNIDADES PERDIDAS E INTENTOS FALLIDOS

El Código penal de 1995 fue, sin duda alguna, una oportunidad perdida. Después llegaron las políticas de austeridad que propiciaron las huelgas generales de 2010 y 2012, huelgas que abonaron el campo para el castigo y represión del ejercicio del derecho de huelga. De forma desafortunada, extendidas por toda la geografía española, comenzaron a nacer causas judiciales: desde Vigo, «caso Carlos y Serafín», pasando por Getafe, «caso Airbus», Madrid, «caso Alfon», hasta Granada, «caso del piquete del 15M», sin olvidar las islas Pitiusas, «caso Katiana Vicens». Según los sindicatos, se estima que en los últimos años se han encausado y abierto expedientes a cerca de 300 sindicalistas. Como afirma Baylos, en España, la huelga ha sido el único mecanismo al que el sindicato ha podido recurrir como defensa frente a la aplicación de las «reformas estructurales» puestas en marcha a partir de esas políticas de austeridad.

Y junto a las políticas de austeridad llegó la penosa reforma penal de 2015. Se trata de una reforma muy ambiciosa y sin ninguna reflexión previa seria. Por lo que respecta al delito de coacción a la huelga, el mismo contó con varias enmiendas parlamentarias. Por parte del Grupo Parlamentario Popular, en aquel entonces con mayoría absoluta, se presentó la enmienda núm. 888 de modificación que planteaba una reducción de penas:

«Artículo 315. 3. Quienes actuando en grupo o individualmente, pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, serán castigados con la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses».

El Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural presentó la enmienda núm. 172

que, por primera vez --¡aleluya!--, proponía la supresión del apartado 3 del artículo 315. La justificación se basaba en que se trataba de un ejemplo de permanencia de un precepto anterior --y diferente-- que se integra en un nuevo texto, sin que existan razones para ello. Recuerda la enmienda que el artículo 315.3 proviene del antiguo artículo 496 del viejo Código penal, introducido precisamente en medio de la transición política, a través de la reforma del Código penal producida en julio de 1976. Para el Grupo Parlamentario de La Izquierda Plural: «El artículo 315.3 CP ha sido profusamente utilizado en la represión de trabajadores en sus actuaciones de organización o extensión de la Huelga. En especial en los supuestos de huelgas generales de un día de duración, pero también en otros conflictos laborales en los que se ha producido un cierto enconamiento en las posiciones de las partes.

El elevado número de condenas en aplicación del apartado 3 del artículo 315, en contraste con la prácticamente inaplicación de los apartados 1 y 2 del mismo artículo, pone de relieve la asimetría de nuestro sistema penal en esta materia, hasta el punto de que la parte del Código Penal que protege los denominados "Delitos contra los trabajadores" no tiene efectividad real en relación con las actuaciones penales encaminadas a preservar las violaciones más graves de las condiciones de trabajo y los derechos de los trabajadores».

El Grupo Parlamentario Socialista también presentó una enmienda, la núm. 730, que proponía modificar el apartado 3 del artículo 315 con la siguiente motivación: «La conducta aquí recogida, que se incorpora al CP de 1995 como otras muchas provenientes del CP de 1973 por más que el anterior Ministro de justicia dijera que era responsabilidad del CP de 1995, por una aplicación errónea y un cambio en el enfoque y actuación en las acusaciones mantenidas por el Ministerio Fiscal, está conduciendo, contra la jurisprudencia reiterada del TC, a situaciones de verdadero desconocimiento y cercenamiento del derecho a la huelga, a través de la imposición de penas privativas de libertad severas a sindicalistas, obviando la configuración de derecho de huelga como derecho fundamental, constitucionalmente reconocido, y colocando por encima del derecho de huelga el derecho a trabajar, derecho que no goza de tal protección».

Finalmente, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el artículo 315 del Código penal establece:

- 1. Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga.*
- 2. Si las conductas reseñadas en el apartado anterior se llevaren a cabo con coacciones serán castigadas con la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses.*
- 3. Quienes actuando en grupo o individualmente, pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, serán castigados con la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses.*

Es fácil observar que la enmienda que prosperó, como no podía ser de otra manera dada la mayoría absoluta parlamentaria, fue la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular lo que supuso una rebaja de la pena para aquellos que coaccionaran a otros a iniciar o continuar una huelga. Rebaja propiciada por el revuelo provocado por los casos judiciales y la presión social y política y no por convicción o el deseo de los populares que, si bien suavizaban las penas, mantenían el delito como tal.

Mientras se debatía la reforma penal de 2015, hubo varios intentos de propuestas de derogación del delito, pero todos fueron intentos fallidos. Una propuesta en este sentido fue la presentada por el Grupo Parlamentario Mixto: Proposición de Ley de derogación del artículo 315.3 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Orgánica), que se justificaba en los términos siguientes: «Las políticas de recortes sociales y laborales emprendidas en los últimos años están abocando a una laminación de derechos y conquistas sociales de los trabajadores. La respuesta social creciente, organizada tanto desde los sindicatos como desde los movimientos sociales, está siendo reprimida de forma contundente por parte del Gobierno, apoyando e instando la imposición de duras condenas penales.

En el actual marco punitivo en materia de delitos contra la libertad sindical y derecho de huelga se mantiene la incriminación penal por coacciones para incitar a la huelga, en el párrafo 3 del artículo 315 del vigente Código Penal. Este tipo penal proviene de una reforma legal introducida en 1976 en el Código Penal, por lo que aún se mantiene en vigor un castigo penal anterior tanto a la Ley de Asociación Sindical de 1977 como a la aprobación de la Constitución. Con ello, se está acudiendo a

normas de inspiración anterior a la regulación de derechos y libertades fundamentales, promulgadas directamente para reprimir a las personas trabajadoras más activas a la hora de reivindicar derechos laborales.

El aumento de condenas al amparo del artículo 315.3 del Código Penal contrasta con la casi inexistente frecuencia con la que se aplican los apartados 1 y 2 de la citada disposición legal, que protege en el ámbito penal el ejercicio de derechos de libertad sindical y huelga de los trabajadores y trabajadoras. Eso difiere con la mayor asiduidad de sentencias en el ámbito de la jurisdicción social o de sanciones administrativas por parte de las autoridades laborales que constatan conductas antisindicales del empresario al impedir u obstaculizar el derecho de huelga. Esta contradicción revela no solo el abandono por parte de Fiscalía y Juzgados a la hora de esclarecer y condenar actos de retorsión frente al ejercicio de huelga, sino además la disparidad con la dureza sistemática con que se emplea del Código Penal a los activistas sindicales o sociales.

El origen del vigente artículo 315.3 del Código Penal formaba parte de un diseño legal en la que se subordinaban las relaciones y derechos laborales a la organización empresarial. Este modelo no es compatible con el actual marco de derechos y libertades laborales y sindicales, con lo que es disfuncional al reconocimiento y ejercicio del derecho de huelga, que goza de una posición prevalente.

La presente Proposición de ley propone la derogación expresa del apartado 3 del artículo 315 del Código Penal, dado que su concepción proviene de una época de restricción de derechos y libertades públicas, pero sobre todo por el empeño actual en hacer uso indiscriminado para reforzar la represión contra personas, organizaciones sindicales y movimientos sociales que, en ejercicio de sus derechos fundamentales, se oponen a las graves políticas antisociales y demandan condiciones dignas de vida y trabajo».

Otro intento fallido lo constituye la Proposición de Ley para la derogación del artículo 315.3 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Orgánica) presentada por el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, en cuya Exposición de Motivos se lee: «El artículo 315 del Código Penal viene a tipificar los delitos contra la libertad sindical y el derecho de huelga, incluidos dentro del Título autónomo --el Título XV-- dedicado a "los delitos contra los derechos de los trabajadores". (...) De la propia redacción del artículo 315 del Código Penal se observa cómo la conducta tipificada en el apartado 3 es completamente diferente a las que regula en sus dos primeros apartados, tratándose de un ejemplo de permanencia de un precepto anterior --y diferente-- que se integra en un nuevo texto, sin que existan razones para ello. (...) Este precepto no ha sido alterado por las reformas legislativas que, sin embargo, se produjeron en todos los ámbitos jurídicos --también, obviamente, el de derecho penal económico y de la empresa-- a partir de la Constitución de 1978. Incluso, la reforma del Código Penal de 1995, llamada "el Código Penal de la democracia", mantiene prácticamente el mismo precepto de la transición política que busca la incriminación de los piquetes de huelga coactivos, ni que la aplicación por los jueces y tribunales de este artículo haya degradado el significado estricto que tiene el término de coacciones y que podría haber permitido una interpretación restrictiva del mismo, acorde con el reconocimiento constitucional del modelo de huelga --derecho que lleva a cabo nuestra Constitución--. (...) en atención a los principios de intervención mínima y proporcionalidad, la presente Proposición de Ley pretende la derogación del apartado 3 del artículo 315 del vigente Código Penal, con el objetivo de evitar que el Derecho Penal pueda seguir criminalizando el ejercicio del derecho de huelga y funcionando con efectos limitadores o disuasivos en su ejercicio. En resumen, la iniciativa propone la supresión del delito de coacciones para promover la huelga como figura penal incompatible con la constitución y con la garantía internacional de la libertad sindical».

El Pleno del Congreso de los Diputados debatió la toma en consideración de la Proposición de Ley, siendo finalmente rechazada.

También lo intentó el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana que presentó una Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, para la despenalización del derecho de huelga. En la Exposición de Motivos se justifica la propuesta en: «El derecho de huelga está reconocido en su artículo 8 por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (una de las partes de la Carta Internacional de los Derechos Humanos), firmado y ratificado por el Estado español. Asimismo, la Constitución española de 1978 lo recoge en su artículo 28: "se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad". Casi cuatro

décadas más tarde de su aprobación, el desarrollo de este precepto constitucional no se ha producido y la regulación de la huelga se contiene en una norma preconstitucional: el Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo de 4 de marzo de 1977.

No obstante, a pesar de formar parte del derecho básico internacional y de estar constitucionalizado por el ordenamiento jurídico español, el derecho de huelga está siendo limitado *de facto* en los últimos tiempos mediante una política represiva que usa el apartado 3 del artículo 315 del Código Penal como mordaza del ejercicio del derecho fundamental y advertencia al sindicalismo activo. Dicho artículo permanece como rémora del articulado legislativo franquista y ha sido y es interpretado, en plena etapa de recortes económicos y de libertades --entre ellas las relacionadas con la negociación colectiva--, en contra del efectivo ejercicio del derecho a la huelga o lo que es lo mismo en clara contradicción con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales así como con el propio artículo 28 de la Constitución.

Su consecuencia inmediata es la existencia de más de 300 trabajadores y trabajadoras procesados en virtud del citado artículo, así como un incremento de la actividad sancionadora por parte del Estado criminalizando la actividad legal del ejercicio de huelga y su información a través de los piquetes informativos, única posibilidad con la que cuentan los trabajadores y sindicatos ante la presión y coacción que pudieran ejercer los empresarios frente a esta situación.

En toda nuestra experiencia democrática si algo ha caracterizado a la actividad de los trabajadores y sus sindicatos ha sido la de la reivindicación pacífica dentro de los cauces democráticos y legales».

Esta Proposición de Ley Orgánica no solo suprimía el apartado 3 del artículo 315 del Código penal, sino que también introducía una disposición transitoria sobre sobreseimiento, anulación e indemnización: «1. Las causas que en el momento de la entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por el delito previsto en el apartado 3 del artículo 315 de la Ley Orgánica 10/1985, de 23 de noviembre, del Código Penal quedarán sobreseídas. 2. El Ministerio Fiscal procederá a realizar las actuaciones que corresponda con el objeto de que se revisen las sentencias condenatorias dictadas de conformidad al apartado 3 del artículo 315 la Ley Orgánica 10/1985, de 23 de noviembre, del Código Penal que se deroga, para anular las condenas y restaurar o indemnizar por los daños ocasionados».

El Grupo del Partido Popular en el Congreso, con su mayoría absoluta, no aceptó tramitar la Proposición de ley y se opuso a la derogación del apartado 3 del artículo 315 del Código penal.

III. UNA CRÓNICA CUYO FINAL ESTÁ POR ESCRIBIR

El derecho de huelga implica el derecho a requerir de otros la adhesión a la huelga. Es lógico que iniciada una huelga se pretenda que el resto de los trabajadores se sumen a la misma, ya que sin función de persuasión y sin derecho a llevarla a cabo no es efectivo el derecho de huelga. La huelga y su verificación exitosa, su desarrollo y mantenimiento depende sobre todo de la decisión de los indecisos e incluso de los que son contrarios a ella. La suma de nuevos huelguistas es la condición de mantenimiento de la huelga. De ahí que pertenezca al contenido esencial del piquete el pretender que los demás se sumen a ella, lo que hace que el tercer apartado del artículo 315 no sólo sea innecesario, sino que debe considerarse inconstitucional por oponerse al artículo 28 de la Constitución española y ser un precepto obstáculo para la realización del derecho de huelga, pues el derecho a la huelga no se protege en el ámbito penal en absoluto. Lo que se protege es el derecho a no estar en huelga o a no hacer la huelga.

En la XII Legislatura las iniciativas parlamentarias no han decaído sino todo lo contrario. Se ha vuelto a insistir en la necesidad de derogar el delito de coacción a la huelga. En este sentido se han presentado la Proposición de Ley Orgánica de derogación del artículo 315, apartado 3, del Código penal, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista o la Proposición de Ley Orgánica para la despenalización del derecho de huelga presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana. Pero la salida del Código penal del delito de coacción a la huelga va a depender en un futuro no muy lejano de que prospere o no la iniciativa presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Común Podem-En Marea. La Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para derogar el delito de coacción a la huelga, también insta al sobreseimiento de las causas cuando la ley entre en vigor. La disposición transitoria dispone: «1. Las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por el delito previsto en el apartado 3 del artículo 315 del Código Penal quedarán sobreseídas, y sólo podrán enjuiciarse por la comisión de otros delitos o faltas si no hubieran prescrito, sin tomar en consideración a tales efectos la imputación, acusación o condena por el delito del citado apartado 3 del artículo 315 del Código Penal. 2. Los procedimientos

en que hubiera recaído sentencia condenatoria se revisarán, a instancia del Ministerio Fiscal, en el plazo máximo de 15 días desde la entrada en vigor de esta Ley, a fin de anular la condena contenida en el apartado 3 del artículo 315 del Código Penal».

También añade una disposición final con el siguiente tenor literal: «En los casos en que hubiera dado comienzo el cumplimiento de la ejecución de una pena privativa de libertad con arreglo al apartado 3 del artículo 315 del Código Penal, esta quedará anulada, cancelándose los antecedentes penales, y se indemnizará al interesado el tiempo de ingreso en prisión con arreglo a los criterios establecidos para la privación injustificada de la libertad por causa penal.

A tal efecto, el Ministerio Fiscal promoverá, en el plazo máximo de 15 días desde la entrada en vigor de esta Ley, la revisión de todas las situaciones penitenciarias que pudieran existir, y promoverá los expedientes de indemnización por los perjuicios sufridos derivados de la privación de libertad que se hubieran seguido por esta causa.

En los casos de penas de multa, se procederá al reintegro del importe abonado, con abono del interés legal».

La Exposición de Motivos, muy pobre dogmáticamente y con un casi inexistente análisis jurídico contrastado, fundamenta la iniciativa esencialmente en el hecho de que «la regulación penal hoy vigente --la criminalización de los piquetes informativos de huelga con el objetivo de disuadir a los trabajadores huelguistas de su derecho a extender la efectividad de la huelga--, que tiene su origen en el Código Penal de 1928 (en plena dictadura de Primo de Rivera), y que fue recuperada en el Código Penal modificado el año 1976, mantenida después en el Código Penal de 1995, aunque modificándose su ubicación, situándose ahora en el Título XV, "De los delitos contra los derechos de los trabajadores", y que la reforma al Código Penal del año 2015 ha mantenido, no tiene más sentido que el de seguir favoreciendo la intimidación de las organizaciones sindicales y de los trabajadores más activamente comprometidos con ellas y especialmente reivindicativos, en la organización y desarrollo de los piquetes informativos de huelga».

En la Sesión plenaria núm. 51 celebrada el 16 de mayo de 2017, para la toma en consideración de la Proposición de Ley Orgánica, la Sra. Presidenta dio la palabra en primer lugar a la diputada Vidal Sáez. De su intervención cabe destacar dos frases: «por eso también han "tirado" de un fósil jurídico tardofranquista que es el artículo 315.3 porque para desmontar los derechos del trabajo era necesario reprimir la protesta social, criminalizar la huelga y, por supuesto, a todos aquellos y aquellas que la hacen posible», y «sería bueno que el PSOE nos explicara algún día por qué mantuvieron en el Código Penal de 1995 esta figura delictiva que reprime una conducta, la huelga, que en ese momento ya era legal. Es más, en ese momento, de hecho, ya era considerada como un derecho fundamental. Es curioso. ¿Qué sentido tenía mantener un vestigio de la dictadura en el Código Penal de 1995? En 2015 el Partido Popular reformuló el Código Penal y redujo las penas. Sí; pero, ¿saben por qué? Pues porque básicamente reducía las penas de las coacciones ejercidas por las empresas. El capitalismo de amiguetes de nuevo al rescate para todos sus amigos. Una se puede preguntar por qué antes de 2012 no habíamos oído hablar de este fatídico artículo. Y es muy sencillo, básicamente porque no se utilizaba. Es con la mayoría absoluta del Partido Popular cuando hay una ofensiva brutal contra los derechos de la ciudadanía y cuando la fiscalía da una instrucción para utilizar este artículo para desalentar las movilizaciones. Eso es lo que hizo la fiscalía»

La intervención del diputado de Podemos, Rodríguez Rodríguez, incidió en que: «la libertad sindical, la negociación colectiva y el derecho a la huelga son derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución y son las herramientas más potentes, por no decir casi las únicas, que tiene la gente trabajadora para defender unas condiciones laborales dignas y un reparto más justo de la riqueza».

Por el Grupo Parlamentario Mixto, intervino en primer lugar el diputado de Foro Asturias, Martínez Oblanca, quien recordó que el PSOE fue quien instauró esta reforma del Código Penal, para añadir a continuación que: «en Foro no estamos de acuerdo con esta forma de legislar a trompicones que afecta a normas de gran calado como son las leyes orgánicas y, singularmente, la del Código Penal que en este caso quiere acompañarse del sobreseimiento de las causas en curso y de la revisión de penas incluso con indemnizaciones y reintegro de las multas con abono del interés legal».

El diputado Matute García, de EH Bildu, criticó que se intente enfrentar a los huelguistas con la ciudadanía: «Euskal Herria Bildu va a votar a favor de la toma en consideración por algo muy evidente: porque llevamos décadas de Gobiernos que no hacen sino arrebatar los derechos a los trabajadores y a las trabajadoras. Son muchos los motivos para avalar la toma en consideración en un

contexto en el que el derecho a la huelga es cada vez más cuestionado, se intenta enfrentar a los huelguistas con el resto de la ciudadanía y con los usuarios o usuarias de esos servicios que puedan estar afectados. Por fortuna hay excepciones».

El diputado de Compromís, Bataller i Ruiz, apoyó la derogación por «coherencia» legislativa: «Compromís va a apoyar la toma en consideración de esta proposición de ley porque entiende que está absolutamente fuera de lugar que el ejercicio del derecho de huelga, la participación en piquetes, pueda acabar siendo más penado no solo que las coacciones en general, sino incluso que delitos como la tortura. Les remito al artículo 174 del Código Penal para que vean cómo está castigada. Desde luego, por un ejercicio de coherencia, debemos proceder a esta reforma legislativa. Compromís la apoyará».

La diputada del PDeCAT, Ciuró i Buldó, reconoció un aumento de litigios debido a la represión que ha venido de la mano del PP y pidió que el derecho fundamental de huelga se regule como una Ley Orgánica: «El Partit Demòcrata va a votar a favor de la reforma de la Ley del Código Penal y lo va a hacer por los mismos motivos que en la X Legislatura, cuando La Izquierda Plural presentó una iniciativa muy parecida o --diría yo-- idéntica. En aquel momento su tramitación no prosperó por la mayoría absoluta del Partido Popular».

En su intervención el diputado, Legarda Uriarte, del PNV, solicitó la comparecencia de expertos: «consideramos que se debe abrir una reflexión parlamentaria, enriquecida por la comparecencia de expertos y partes involucradas, en la que se busque y encuentre una normativa penal adecuada a la realidad que se pretende normal».

Desde el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana, Salvador i Duch, incidió en que: «Lo que está en juego en esta proposición de ley es la propia democracia, el derecho a huelga, principio fundamental de un país democrático, que actualmente se encuentra cuestionado»; «es necesario derogar cualquier norma que criminalice el ejercicio democrático de la huelga, los piquetes informativos, las asambleas, las reuniones, el poder manifestarnos pacíficamente en cualquier espacio y ante cualquier institución, porque las instituciones están al servicio del pueblo, al igual que lo está esta Cámara, donde debatimos sus representantes. Ninguna norma debe impedir el libre ejercicio de manifestación ante este Congreso, ante este Parlamento y ante cualquier otro. Derogar el artículo 315.3 es una exigencia mínima, como lo es el archivo de todos los procesos abiertos en torno a su aplicación y la anulación de los realizados. No basta con que sean absueltos; nunca debieron estar procesados. Nunca debió ser cuestionada su dignidad por una ley antidemocrática, nunca debieron pasar este mal trago por ser sindicalistas, es decir, miembros de una organización que hoy es, a pesar de sus errores, el único dique de contención al capital y al salvaje libre mercado fuera de control».

El diputado de Ciudadanos, Cano Leal, argumentó su abstención en que no pueden aceptar indemnizaciones por sentencias ya firmes, y en que lo mejor de la sociedad «se debe a las luchas del movimiento obrero»: «que esta supresión del párrafo tercero del artículo 315 ya estaba incluida en el acuerdo que suscribimos entre Ciudadanos y el Partido Socialista en la anterior legislatura, que el grupo proponente rechazó formalmente»; «estamos de acuerdo con la propuesta de modificar las penas de los apartados primero y segundo del artículo 315, lógicamente, y también lo estamos con la supresión del apartado tercero, la despenalización, como hemos dicho»; «otra cosa diferente son las propuestas que se hacen con respecto a los temas que están en tramitación, que han sido enjuiciados, han sido sentenciados o están en fase de ejecución. Respecto del sobreseimiento de las causas que se encuentran en tramitación, la revisión de los procedimientos en los que hubiera recaído sentencia condenatoria y la anulación del cumplimiento de la ejecución de una pena privativa de libertad tengo que decir, señorías, señores del grupo proponente, que este es un efecto natural de la reforma; no era necesario incorporar estas consideraciones, porque son consecuencia del propio artículo 2 del Código Penal, que en su párrafo segundo establece que, no obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. Respecto a la petición de indemnización, no podemos estar de acuerdo. ¿Por qué? Porque eso supone equiparar una sentencia dictada de acuerdo con la norma en vigor en aquel momento con un supuesto de responsabilidad patrimonial, que no concurre aquí porque no se ha producido un error». El diputado Cano Leal terminó su intervención diciendo que Ciudadanos aportará «las enmiendas oportunas en el trámite correspondiente».

El portavoz de Empleo del Grupo Parlamentario Socialista, Simancas Simancas, consideró «torticero» el artículo y afirmó que pedirán también modificar el artículo 172 del Código Penal para distinguir las coacciones cuando proceden de un derecho fundamental: «el Grupo Socialista va a

respaldar la toma en consideración de esta proposición de ley orgánica por su propósito explícito, la defensa del ejercicio del derecho de huelga, y porque el propio Grupo Socialista viene defendiendo iniciativas en el mismo sentido desde hace mucho tiempo»; «en cualquier caso, el Grupo Socialista votará a favor de esta iniciativa y presentará enmiendas de la mano del trabajo que han desarrollado mis compañeros, Manuel de la Rocha y Juan Carlos Campo, y tomando como referencia la propuesta bien fundamentada que nos han hecho hoy los sindicatos UGT y Comisiones Obreras»; «¿Qué planteamos en concreto? Dos cosas. Primero, derogar el 315.3 del Código Penal, relativo al delito agravado de coacciones en el desarrollo de la huelga, y segundo, reformar el 172, que regula con carácter genérico el delito de coacciones. ¿Por qué derogar el 315.3 del Código Penal, después de haberlo mantenido desde 1995 y a pesar de la reforma de 2015? Porque durante los últimos años se ha demostrado innecesario por redundante. Los tribunales han contado siempre con el genérico 172 para perseguir conductas realmente violentas. Lo derogamos también por defectuoso, porque está permitiendo una interpretación torticera por parte de algunos elementos de la fiscalía que encausa injustamente a integrantes de piquetes informativos durante las jornadas de huelga. Y lo derogamos porque este artículo parte de la premisa inaceptable de que un delito cometido en el ejercicio de un derecho fundamental ha de castigarse en mayor medida, con más años de cárcel, que un delito cometido en otras circunstancias, y esto no tiene sentido». Concluyó el diputado socialista su intervención defendiendo el derecho de huelga y el papel de los piquetes informativos en una huelga. Finalmente, la diputada del Grupo Parlamentario Popular, Valmaña Ochaita, aseguró, sin ningún tipo de argumentos jurídicos y en contra de lo sostenido por la doctrina y por la jurisprudencia, que el artículo 315.3 protege el derecho a la huelga. La diputada popular, con una visión absolutamente miope, no dudó en afirmar: «Quiero recordarles que la doctrina y la jurisprudencia son unánimes, y si ustedes no me creen, repasen esos manuales, repasen esa doctrina científica muy autorizada de grandes penalistas y grandes laboristas españoles». Y finalizó con un rotundo: «No contarán con nuestro voto».

Tras la votación plenaria, el resultado fue de Sí: 176 (PSOE, PNV, ERC, el PDeCAT Compromís y EH Bildu, entre otras formaciones), No: 134 (PP y Foro Asturias, entre otros partidos) y Abstenciones: 32 (Ciudadanos), por lo que el Pleno del Congreso de los Diputados tomó en consideración la Proposición de Ley de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea.

Dos días después, el 18 de mayo de 2017, la Mesa de la Cámara, acordó encomendar Dictamen sobre la misma a la Comisión de Justicia, así como, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 126.5 del Reglamento, abrir un plazo de quince días hábiles, en el que los Sres. Diputados y los Grupos Parlamentarios podrán presentar enmiendas.

Estamos en el momento de presentación de enmiendas que completen la iniciativa en el sentido de la Propuesta de reforma del Código penal para la descriminalización del ejercicio del derecho de huelga que formulan las confederaciones sindicales de Comisiones Obreras y la Unión General de Trabajadores. Como bien señala la Exposición de Motivos de la propuesta: «El objeto de esta proposición es ajustar el marco normativo de esta figura delictiva que en su configuración legal vigente afecta al ejercicio de la libertad sindical, y la hacen cuestionable desde la perspectiva constitucional y de respeto de los derechos fundamentales, además de ser incompatible con los compromisos internacionales asumidos por España en esta materia. Por ello, a fin de evitar las enormes distorsiones que esta figura penal genera en el ámbito de las relaciones laborales, se procede a derogar el apartado tercero del artículo 315 del Código Penal, al mismo tiempo que se regulan los efectos de esta medida sobre los procesos en curso, o sobre las sentencias condenatorias recaídas que hubieran hecho aplicación de este tipo penal, a fin de dar cuenta de las exigencias constitucionales impuestas por la revisión favorable de la penalidad de la conducta. (...) Por otra parte, resulta necesario evitar que el art. 172 del Código Penal, pueda interferir en el ejercicio de los derechos fundamentales, sobre todo en aquellas modalidades que están implicados el ejercicio de derecho de participación democrática, como son los derechos de reunión y manifestación, así como el ejercicio de la libertad sindical y la huelga. Resulta imprescindible adecuar la norma penal a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional a fin de impedir que la norma penal pueda ser, no ya una vía para criminalizar el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, sino una vía para desincentivar el mismo mediante la represión penal de comportamiento que se realicen en su ejercicio y no sean incompatibles con el mismo. (...) Es por ello necesario garantizar que en ningún caso se considerará delito cuando los hechos impliquen el ejercicio de un derecho fundamental que no se hubiera

desvirtuado, de forma manifiesta, en su contenido esencial. Además de esta previsión general, se incorporan una regulación concreta de las circunstancias que deben concurrir para dotar de objetividad a la relevancia y gravedad de los comportamientos violentos o intimidatorios para que tengan relevancia penal, así como la necesidad de acotar su alcance respecto del bien jurídico protegido. Por ello resulta necesario asegurar la concurrencia de actos violentos que hubieran generado un efecto intimidatorio para actuar contra su voluntad para considerar que el derecho fundamental ha quedado desvirtuado. La necesidad de asegurar el principio de responsabilidad personal, requiere clarificar los criterios de imputación cuando los actos se realizan en grupo o por una pluralidad de personas, para evitar que la mera promoción, convocatoria o participación en actos de expresión democrática pueda ser un título de imputación. En modo alguno supone una desprotección de otros bienes jurídicos, pues la protección de la vida y la integridad física, o la protección del patrimonio, cuenta con otros tipos penales que aseguran una adecuada protección». La Proposición de los agentes sociales, por un lado, suprime el apartado 3 del artículo 315 y, por otro, procede a una nueva regulación del delito de coacciones.

Cuando se escriben estas líneas, a la iniciativa aún le queda un largo camino por recorrer, sabedores de que «las cosas de palacio van despacio». Mientras seguimos con los ojos puestos en el tablero para que no se olvide, como recuerdan Juan Terradillos, catedrático de Derecho penal y gran penalista, y Antonio Baylos, catedrático del Derecho del trabajo y gran laboralista, que «la huelga no es un delito, sino un valor central de la democracia que debe ser preservado con todas nuestras fuerzas», y con la seguridad de ganar la partida porque ¡¡al fin se acabaron las mayorías absolutas parlamentarias!!

La conducta típica del delito de coacciones a la huelga (art. 315.3 CP)

Bárbara San Millán Fernández

Profesora Ayudante de Derecho Penal

Universidad de Cantabria

I. INTRODUCCIÓN²¹⁵

El debate doctrinal en torno al delito de coacciones a la huelga no es, ni mucho menos, una cuestión novedosa. Sin embargo, la reciente modificación del art. 315.3 CP, introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, la polémica generada por los procesos penales dirigidos contra destacados representantes sindicales por supuestos excesos en sus actuaciones en el marco de las últimas huelgas generales²¹⁶, así como la presión de algunos grupos parlamentarios para la derogación del precepto, parecen razones suficientes para retomar la reflexión dogmática en torno al delito del art. 315.3 CP, tema este --como en todos los que conforman el denominado «Derecho penal del trabajo»-- en el que el Prof. Dr. Terradillos Basoco, con su extensa y rigurosa obra, constituye un referente doctrinal indiscutible.

La supervivencia del delito de coacciones a la huelga tras la entrada en vigor del Código penal de 1995 generó perplejidad entre la Doctrina especializada, que, de forma unánime, lo considera un instrumento de criminalización de la actividad de los piquetes de huelga²¹⁷ y, por tanto, del propio ejercicio del derecho, de cuyo contenido esencial, según ha declarado reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional, dicha actividad forma parte. Por ello, aunque muchos son los aspectos relativos a esta figura delictiva que, a mi juicio, merecen ser objeto de revisión crítica, he seleccionado como tema de este estudio, con la finalidad de sentar las bases para futuras investigaciones sobre la materia, la delimitación de la conducta típica del delito del art. 315.3 CP, pues solo una vez que se hayan fijado con exactitud los comportamientos prohibidos --es decir, cuándo el ejercicio del derecho es abusivo--, será posible pronunciarse, fundadamente, acerca de los límites que el Legislador penal ha establecido al derecho de huelga.

II. LA CONDUCTA TÍPICA DEL DELITO DE COACCIONES A LA HUELGA

El art. 315.3 CP²¹⁸ define la conducta típica como coaccionar «a otras personas a iniciar o continuar una huelga». Ello supone, por un lado, que el alcance de dicha conducta queda limitado a aquellos actos subsumibles en el tipo básico de coacciones del art. 172.1 CP y, de otro, que, a diferencia de lo que sucede con las coacciones básicas, en el delito objeto de estudio el Legislador ha descrito el *específico* resultado a cuya consecución debe ir dirigido el comportamiento del sujeto activo²¹⁹. En efecto, según el art. 172.1 CP, las coacciones --genéricas-- consisten en impedir a otro con violencia, sin estar legítimamente autorizado, a hacer «algo» que la Ley no prohíbe o compelerle --también con violencia-- a efectuar «algo» que no quiere, sea justo o injusto. En el art. 315.3 CP ese «algo» se

concreta en «iniciar o continuar una huelga», pero la determinación del medio comisivo se remite enteramente al delito de coacciones del art. 172.1 CP, lo que permite afirmar que aquel no es sino una modalidad específica de este. Más exactamente, considero, con MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, que de lo que se trata, en este caso, más que de obligar a otro a secundar una huelga, es de «impedir a otro que trabaje como medio para lograr que una huelga tenga éxito» ²²⁰.

No es posible, sin embargo, como hace buena parte de la Doctrina, hablar de tipo agravado ²²¹, pues, aun cuando la pena prevista para el delito de coacciones a la huelga es superior a la prevista para las coacciones genéricas, no es cierto que, en todo caso, la aplicación preferente del art. 315.3 CP tenga efectos agravatorios. Así, cuando la coacción para iniciar o continuar una huelga hubiera tenido por objeto a varios trabajadores, concurrirá un único delito del art. 315.3 CP, pues el tipo define la conducta como coaccionar «a otras personas» ²²²⁻²²³. En este --nada infrecuente-- supuesto, el delito de coacciones a la huelga actuará como tipo privilegiado, ya que la aplicación del art. 172.1 CP habría dado lugar a la apreciación de tantos delitos como sujetos pasivos hubiera ²²⁴. Por el contrario, sí actuará como tipo agravado si la coacción a la huelga se hubiera dirigido contra un solo trabajador, pues, en tal caso, la aplicación del art. 315.3 CP supondría la imposición de una pena de prisión de un año y nueve meses a tres años o de una multa de dieciocho a veinticuatro meses, mientras que con la aplicación del tipo básico la pena privativa de libertad a imponer oscilaría entre los seis meses y los tres años de prisión o la multa de doce a veinticuatro meses ²²⁵.

El medio comisivo, según ya he apuntado, es el mismo en el delito de coacciones a la huelga que en el delito genérico de coacciones: el empleo de violencia. Por tanto, la problemática existente en relación con la interpretación de este elemento típico del art. 172.1 CP es plenamente trasladable al delito objeto de estudio. A este respecto, son tres, a mi modo de ver, los interrogantes que se plantean: en primer lugar, qué clase de comportamientos pueden incluirse en el concepto de violencia; en segundo, cuáles son los criterios a los que es preciso atender para distinguir el delito de coacciones del art. 172.1 CP del delito leve --antigua falta-- del punto 3 del mismo precepto; y, por último, si dicha distinción tiene incidencia en el ámbito del delito de coacciones a la huelga.

1. El concepto de violencia

La evolución histórica de la interpretación del término «violencia», como elemento típico del delito de coacciones, es sobradamente conocida, por lo que considero innecesario reproducirla aquí ²²⁶.

Actualmente, mientras el Tribunal Supremo ²²⁷ mantiene su ya clásica concepción «espiritualizada» de la violencia, que incluye tanto la intimidación como la fuerza en las cosas propia e impropia o las meras vías de hecho, en la Doctrina, tras un replanteamiento de la cuestión, parece haberse impuesto un concepto restrictivo de violencia, que comprende, únicamente, los actos de fuerza física sobre las personas ²²⁸. De este modo, de la adopción de una u otra posición va a depender la amplitud de la conducta típica del delito de coacciones genéricas y, por extensión, del delito de coacciones a la huelga.

A mi modo de ver, aun cuando pudieran producirse lagunas de punibilidad, una interpretación sistemática e histórica del concepto de violencia obliga a acoger la tesis restrictiva, limitando el medio comisivo del delito a la fuerza física personal, es decir, al acometimiento material contra alguno o algunos de los trabajadores ²²⁹. Según han puesto de manifiesto los defensores de esta tesis, son muchos los tipos en los que el Legislador hace referencia a la violencia y a la intimidación como medios comisivos diversos, por lo que no es posible privar de autonomía a ambos conceptos. Lo mismo puede predicarse de la *vis in rebus*. Así, sin ir más lejos, el art. 496, párrafo segundo, introducido por la Ley de Reforma de 19 de julio de 1976 en el Texto Punitivo anterior, antecedente del actual delito de coacciones a la huelga, preveía, como medios para obligar a otras personas a iniciar o a continuar una huelga, tanto la violencia como la intimidación. El CP de 1995, sin embargo, optó por reemplazar tales términos por el de «coaccionar», lo que, en mi opinión, únicamente pudo obedecer a la intención del Legislador de equiparar esta figura delictiva con el delito genérico de coacciones y, por tanto, de restringir el medio típico a la violencia de carácter físico. Algo similar ha sucedido, recientemente, con el delito del art. 315.2 CP, cuya anterior redacción tipificaba la limitación del ejercicio de la libertad sindical o del derecho de huelga cuando la misma se llevara a cabo con «fuerza, violencia o intimidación». Ello fue entendido pacíficamente por la Doctrina especializada como la posibilidad de cometer el delito empleando fuerza en las cosas,

violencia física sobre las personas o intimidación, como medios comisivos alternativos ²³⁰. La LO 1/2015, de 30 de marzo, ha sustituido tales términos típicos por el de «coacciones», consagrando, también, esta modalidad delictiva como un supuesto de coacciones específicas y circunscribiendo, así, la conducta típica al ejercicio de violencia física.

Por tanto, el delito del art. 315.3 CP solamente concurrirá cuando --actuando en grupo o individualmente, pero de acuerdo con otros-- se impida trabajar a otra u otras personas para tratar de asegurar el éxito de una huelga, empleando para ello la fuerza física. No así cuando el medio empleado sea la intimidación sobre el trabajador o la fuerza en las cosas, por más que tales actos puedan ser constitutivos, en su caso, de los correspondientes delitos de amenazas, de injurias o de daños.

De forma coherente con esta postura, considero que la aplicación del delito de coacciones a la huelga por parte de la Jurisprudencia es un ejemplo de analogía *in malam partem*, que ha ampliado la conducta más allá de cuanto tipifica el art. 315.3 CP. Así, los Tribunales han entendido que constituyen supuestos de violencia típica, a los efectos del delito objeto de estudio, pinchar con un punzón las ruedas del camión que conducía el sujeto pasivo para impedir que este continuara con su jornada laboral ²³¹, causar destrozos en un local ²³² o proferir insultos y amenazas a varios trabajadores, llegando a pinchar las ruedas de la furgoneta en la que habían llegado a la empresa para efectuar tareas de descarga de mercancía y realizando pintadas en la misma de idéntico contenido ²³³. A mi modo de ver, ninguna de estas conductas es típica, pues no constituyen, a los efectos del delito objeto de estudio, conductas violentas, con independencia de que las mismas puedan subsumirse, según he señalado, en los correspondientes delitos de daños, amenazas o injurias.

2. Distinción entre el delito de coacciones del art. 172.1 CP y el delito leve del art. 172.3 CP

Delimitado, de esta forma, el contenido de la conducta típica del delito de coacciones genéricas y, como modalidad específica del mismo, del delito de coacciones a la huelga, el siguiente problema que se plantea es la determinación de los criterios a los que es preciso atender para distinguir la coacción constitutiva del delito del art. 172.1 CP de la coacción leve --antigua falta-- del punto 3 del mismo precepto, perseguible, únicamente, a instancia de parte. Desde luego que la cuestión no es sencilla ²³⁴ y es probable que ninguna de las propuestas interpretativas sea plenamente satisfactoria, pero, teniendo en cuenta las consecuencias penológicas que de la caracterización de la coacción como grave o como leve se derivan, será preciso atender a aquella que proporcione una mayor seguridad jurídica.

La Doctrina se divide, a este respecto, en torno a tres posiciones: a) quienes sostienen que la distinción debe establecerse en atención a la gravedad de la violencia empleada ²³⁵; b) quienes, por el contrario, entienden que la mayor o menor gravedad de la coacción debe hacerse depender de la mayor o menor relevancia de la conducta que se impide realizar o que se compele a efectuar ²³⁶; c) quienes consideran que es preciso valorar ambos criterios conjuntamente ²³⁷.

Esta última interpretación, que es la mantenida, con carácter general, por la Jurisprudencia ²³⁸, no arroja, a mi modo de ver, ninguna luz al debate, pues ¿cómo debe calificarse el ejercicio de una violencia muy intensa para impedir o compeler a realizar una conducta de escasa trascendencia? ¿Y el empleo de una violencia de poca intensidad como medio para impedir o compeler a realizar una conducta de gran relevancia? ¿Sólo podrá apreciarse la concurrencia de coacción leve cuando tanto la violencia como el resultado a cuya consecución vaya dirigida esta sean de menor gravedad? ²³⁹.

En relación con la tesis que fundamenta la mayor o menor gravedad de la coacción únicamente en la importancia del resultado, se han esgrimido, fundamentalmente, dos argumentos: el primero, que es más grave impedir o compeler con escasa violencia a otro hacer algo trascendental que emplear una violencia irresistible para impedir algo insignificante; el segundo, que el criterio de la gravedad de la violencia obligaría a considerar delito del art. 172.1 CP solamente los casos de *vis physica* absoluta ²⁴⁰.

Pues bien, en cuanto al primero de los razonamientos, considero que la mayor o menor gravedad del ataque a la libertad no radica en la mayor o menor trascendencia de la conducta que se impide o se compele a efectuar, sino en la mayor o menor capacidad de rechazo que la violencia ejercida haya dejado al sujeto pasivo ²⁴¹. En efecto, es posible que la conducta que se trate de imponer tenga una enorme relevancia, por ejemplo, que se trate de evitar que el sujeto pasivo acuda a votar --relevancia

que, en este caso, se traduce en la previsión de un tipo específico que castiga con una pena mayor la coacción dirigida a impedir el ejercicio de un derecho fundamental--, pero si la violencia empleada para ello es del todo insuficiente, está claro que el ataque a la libertad no podrá ser considerado grave. Por ello, la calificación como grave de la violencia no dependerá, únicamente, de la entidad de la violencia ejercida, sino de la idoneidad de la misma para doblegar la voluntad de la víctima, lo que exigirá una valoración *ex ante* de todas las circunstancias concurrentes, tanto de carácter subjetivo --edad de los sujetos, constitución física, capacidades intelectivas de los mismos, etc.-- como objetivo --lugar, momento, etc.-- ²⁴². Como consecuencia de mi anterior argumentación, es preciso afirmar que tampoco se pueden delimitar los ámbitos de aplicación del delito del art. 172.1 CP y del delito leve del art. 172.3 CP en base a un criterio puramente cuantitativo. Es cierto que la entidad de la violencia será un dato de gran importancia a la hora de valorar su idoneidad en el sentido indicado, pero no el único.

Dicho lo anterior, la crítica al segundo de los argumentos expuestos --que el criterio de la gravedad de la violencia obligaría a considerar delito del art. 172.1 CP solamente los casos de *vis physica* absoluta-- resulta clara. No es cierto, y así se ha establecido en relación con otras figuras delictivas que prevén la violencia como medio comisivo, que la fuerza física ejercida deba ser irresistible ²⁴³. Ciertamente, los casos de empleo de *vis physica* absoluta deberán subsumirse en el tipo del art. 172.1 CP, y ello, en mi opinión, con independencia de la relevancia de la conducta que se trate de imponer o a la que se busque compeler, porque la capacidad de rechazo por parte del sujeto pasivo es nula. Pero, según he señalado, la violencia típica, a los efectos del delito de coacciones del art. 172.1 CP, no debe ser invencible, sino idónea, en el sentido de que por su entidad y circunstancias deba considerarse suficiente para el logro del fin perseguido ²⁴⁴.

Por tanto, a mi modo de ver, el criterio a observar para discernir entre la coacción leve y la coacción del tipo básico del art. 172.1 CP ha de ser el de la idoneidad de la violencia entendida en el sentido expuesto, es decir, valorada no únicamente con criterios cuantitativos, sino, también, cualitativos. En este sentido, la mayor o menor eficacia de la violencia habrá de medirse atendiendo al grado de influencia que esta haya tenido en la libre voluntad del agente o, en palabras de QUINTERO OLIVARES ²⁴⁵, poniéndola en relación con la capacidad de reacción que haya dejado al sujeto pasivo, de modo que cuando la voluntad del sujeto pasivo pueda vencerse fácilmente estaremos ante una coacción leve.

3. Incidencia de la distinción entre el delito de coacciones del art. 172.1 CP y el delito de coacciones leves del art. 172.3 CP en el ámbito de las coacciones a la huelga

Atendiendo a las conclusiones extraídas hasta el momento, la conducta típica del delito de coacciones a la huelga consiste en impedir a otro u otros --uno o varios trabajadores-- que desempeñen su trabajo, empleando, a tal fin, el ejercicio de violencia física. En este punto surge un nuevo interrogante: ¿cualquier ejercicio de violencia física sobre un trabajador dirigido a lograr dicho objetivo debe subsumirse en el tipo del art. 315.3 CP? O, dicho de otro modo, ¿es posible apreciar, también en este ámbito, atendiendo a la entidad del medio comisivo, la concurrencia de una coacción de carácter leve y aplicar, por tanto, el delito del art. 172.3 CP? ²⁴⁶ A este respecto, mientras algunos autores y cierta corriente jurisprudencial ²⁴⁷ entienden que toda coacción dirigida a obligar a un trabajador a iniciar o continuar una huelga, aun cuando la misma tuviera la consideración de leve, integrará el delito del art. 315.3 CP, por tratarse este de un tipo especial ²⁴⁸, otro sector doctrinal considera que el delito de coacciones a la huelga únicamente podrá concurrir cuando la coacción sea de entidad suficiente como para ser constitutiva del delito del art. 172.1 CP ²⁴⁹. Así, para quienes sostienen la primera de las posiciones citadas, cuando la finalidad a la que se dirija el ejercicio de violencia sea la de que un trabajador secunde una huelga, el delito de coacciones leves del art. 172.3 CP es inaplicable, con independencia de la magnitud de la violencia ejercida. Detrás de esta solución subyace, obviamente, la elección del criterio de la relevancia de la conducta que se impide o se compele a efectuar como criterio para establecer la distinción entre el delito y el delito leve de coacciones.

Por el contrario, para quienes mantienen la segunda de las soluciones a las que he hecho referencia --esto es, que el delito de coacciones a la huelga solo podrá concurrir cuando la violencia ejercida tenga suficiente entidad para integrar el tipo básico de coacciones del art. 172.1 CP--, para concluir sobre la aplicabilidad del art. 315.3 CP será preciso, en primer lugar, determinar si la coacción debe

calificarse de grave o de leve, atendiendo, para ello, al criterio de la gravedad de la violencia²⁵⁰. Así, según señalan BAYLOS GRAU y TERRADILLOS BASOCO, «tan graduable es la violencia del tipo básico de coacciones como la del art. 315.3 CP. En ambos casos, por tanto, debe haber la degradación hasta convertirse en falta, supuesto en el que la finalidad perseguida por el sujeto activo o el derecho afectado por las coacciones dejan de tener relevancia»²⁵¹. De este modo, cuando, atendiendo a la gravedad de la violencia, la coacción deba considerarse leve, no será posible aplicar, con independencia del objetivo buscado por el agente, el delito del art. 315.3 CP y habremos de apreciar la concurrencia del delito leve de coacciones.

Según la tesis que he defendido en esta investigación, la distinción entre el delito de coacciones del art. 172.1 CP y el delito leve del punto 3 del mismo precepto debe establecerse en atención a la entidad del medio comisivo, esto es, de la violencia física ejercida sobre el trabajador o trabajadores, entidad que no debe medirse, como he señalado también, atendiendo exclusivamente a criterios cuantitativos, sino en relación con el conjunto de las circunstancias concurrentes. Por tanto, la gravedad o levedad de la coacción radicará en la mayor o menor capacidad de la violencia ejercida para influir en la voluntad del sujeto pasivo, para doblegarla, con independencia de la trascendencia de la conducta que el sujeto activo quisiera impedir o compeler a efectuar. Este será, entonces, el primer extremo que deberá analizar el juzgador a la hora de resolver sobre la concurrencia del delito de coacciones a la huelga, pues cuando la coacción, por la escasa capacidad de influencia *ex ante* del medio comisivo en la libertad del trabajador, deba considerarse leve, no podrá traspasar el ámbito del delito leve del art. 172.3 CP, por más que el resultado buscado fuera el de obligarle a iniciar o continuar una huelga.

III. CONCLUSIONES

El delito de coacciones a la huelga del art. 315.3 CP constituye una modalidad específica de las coacciones genéricas tipificadas en el art. 172.1 CP, que se caracteriza por la concreción del resultado típico en impedir trabajar a otra u otras personas como medio para alcanzar el éxito de una huelga. Como coacción específica, el medio comisivo queda limitado al previsto en el art. 172.1 CP, esto es, al ejercicio de violencia, término que debe entenderse en sentido restrictivo, limitado a los casos de fuerza física sobre las personas, por lo que no constituyen conductas típicas, a los efectos del delito de coacciones a la huelga, ni la intimidación ejercida sobre el trabajador o los trabajadores, ni los supuestos de fuerza en las cosas, siendo estos subsumibles, en su caso, en los respectivos delitos de amenazas o de daños.

De entre los criterios propuestos por la Doctrina y la Jurisprudencia, considero que para establecer la distinción entre el delito de coacciones del art. 172.1 CP y el delito leve del punto 3 del mismo precepto es preciso atender a la idoneidad de la violencia ejercida para doblegar la voluntad del sujeto pasivo, lo que exigirá una valoración *ex ante* de todas las circunstancias concurrentes y no únicamente de la magnitud de aquella. Cuando por la escasa capacidad de influencia de la violencia en la libertad del trabajador, la coacción deba considerarse leve, con independencia de cuál sea el resultado buscado por el sujeto activo, estaremos, en todo caso, ante un delito leve de coacciones del art. 172.1 CP. Ello implica que el delito de coacciones a la huelga del art. 315.3 CP únicamente podrá concurrir cuando, por la idoneidad de la violencia empleada, entendida en el sentido antes indicado, la coacción tenga entidad suficiente para integrar el tipo básico del art. 172.1 CP y, además, el resultado alcanzado sea el impedir a otro u otros que desempeñen su trabajo.

La técnica de tipificación y su relación con la aplicación de los delitos que protegen la vida y la salud de los trabajadores

Cristina Méndez Rodríguez

Profesora Titular de Derecho Penal

Universidad de Salamanca

I. ELECCIÓN DEL TEMA

De entre todos los temas que ha abordado TERRADILLOS BASOCO a lo largo de su dilatada y fructífera trayectoria académica resulta complicado elegir alguno sobre el que redactar unas líneas que pongan de manifiesto la relevancia de su contribución académica, siempre presidida por una orientación político criminal de promoción y afianzamiento de un derecho penal de garantías, y un incuestionable rigor técnico. Y es complicado porque todos han resultado centrales en la evolución del derecho penal de las últimas décadas y sobre todos ellos ha perfilado una aportación que ha contribuido decisivamente a enriquecer el debate y a promover la mejora en sectores del ordenamiento jurídico penal en los que se evidenciaba una clara ausencia de garantías o directamente

una abierta confrontación con algunas de ellas, o que se encontraban en estado de franco abandono o retraso patente desde el punto de vista técnico jurídico, como (y solo a modo de ejemplo), las medidas de seguridad y las garantías penales, la peligrosidad social y el estado de derecho (sus tempranas monografías de los años 1980 y 1981), el derecho penal del trabajo, los delitos societarios, el derecho penal de la empresa, los delitos medioambientales o el terrorismo.

De entre todos ellos he optado por una cuestión que tiene que ver con el derecho penal del trabajo, al que tanto aportó cuando estaba todo por hacer y al que ha contribuido a lo largo de los años en sus posteriores trabajos de forma decisiva no sólo en su sistematización y análisis jurídico, siempre con el objetivo de contribuir a la mejora de la protección de los bienes jurídicos y derechos de los trabajadores, sino también en la evaluación sobre la oportunidad, eficacia y sentido de este sector del Derecho penal, justo en unos momentos en los que, como forma de reacción a los excesos del Derecho penal del pasado y de aquél presente, se reclamaba intervención mínima y garantías. Él siempre destacó la escasa efectividad de la normativa laboral y el hecho de que las dificultades en la aplicación del Derecho penal del trabajo obedecían, entre otras razones a « *las deficiencias en la tipificación penal*» ²⁵², y al tradicional abstencionismo penal en este ámbito que denotaba una « *complaciente tolerancia con la criminalidad de cuello blanco*» ²⁵³ que debía de ser superada mediante la intervención penal, con la finalidad de evitar que el Derecho penal como instrumento de control se mantuviese en guetos de marginalidad ²⁵⁴. En este sentido, el Derecho penal del trabajo es una clara expresión de la evolución que en nuestro país ha conducido, gracias también a las aportaciones académicas de profesores como TERRADILLOS BASOCO, desde un sistema carente de garantías a otro en el que, bajo el paraguas del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales y libertades públicas, se ha ido orquestando la protección de los derechos de los trabajadores, pese a que, como indica la situación presente, aún quede tanto por hacer. Así, desde un sistema que criminalizó tradicionalmente las formas de acción colectiva de los trabajadores y el ejercicio de sus derechos a otro que, surgido tras la Constitución de 1978, incorpora la defensa de la libertad sindical y la autotutela, aunque mantenga al inicio muchos tipos penales especiales como el delito de coacciones laborales, el de huelga de funcionarios o el de huelgas políticas, y solo muy lentamente vaya mejorando la protección de la seguridad de los trabajadores. La opción criminalizadora por la que TERRADILLOS BASOCO se decanta desde el principio resaltando que cuenta con sobrada cobertura constitucional ²⁵⁵, se fundamenta en el hecho de que nos encontramos ante un interés merecedor y necesitado del recurso penal ²⁵⁶ para su protección, sin que tal necesidad y oportunidad puedan justificar por sí solas la intervención penal que requiere, además, que la tutela de los bienes jurídicos se aborde con instrumentos idóneos ²⁵⁷ porque « *el principio de prevención no exige una ilimitada expansión punitiva*», ya que, de hecho, una política criminal eficaz implica ineludiblemente una política criminal preventiva ²⁵⁸.

Desafortunadamente, las razones que le llevaron en su día a justificar la opción criminalizadora y que ha continuado desarrollando después en otros muchos trabajos, siguen presentes en la realidad española y reclaman formas más eficaces de intervención y aplicación. La elevada siniestralidad laboral así como la ineficacia preventiva de la legislación extrapenal y la igualmente ineficacia preventiva de las disposiciones penales aplicables, dibujaban ayer como hoy un contexto productivo caracterizado por la precariedad en el trabajo y la ocasionalidad ²⁵⁹. Estas circunstancias favorecían tal y como afirmaba en el año 1990 la siniestralidad laboral ²⁶⁰, y tal y como igualmente indican a día de hoy las estadísticas hechas públicas por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social relativas al primer trimestre de 2017 ²⁶¹. Este incremento de las cifras de siniestralidad laboral constituye una evidencia de que la normativa administrativa no puede proporcionar en exclusiva un nivel adecuado de seguridad en el trabajo y que el recurso al Derecho penal como instrumento de protección es necesario en este ámbito, sin que ello suponga la tan criticada *huida hacia el Derecho penal* ²⁶², pues la relevancia de los bienes jurídicos del Derecho penal del trabajo está fuera de toda duda ²⁶³, y no constituyen creaciones artificiales del legislador al tratarse de la vida, salud, libertad, dignidad, honor, igualdad, libertad de asociación, de reunión, de expresión, que « *no son bienes jurídicos que puedan pasar a un segundo plano sólo por el hecho de que su titular sea, no el abstracto ciudadano, sino el concreto trabajador*» ²⁶⁴.

El tiempo no ha hecho sino confirmar sus argumentos sobre la necesidad de la intervención del derecho penal en la protección de los derechos de los trabajadores, pero también sobre su ineficacia, dada la poca frecuencia en su aplicación si nos atenemos al número de resoluciones judiciales emitidas frente a los datos que nos proporciona la realidad relativos al incremento de las tasas de siniestralidad laboral. Por todas estas razones se ha elegido el estudio de la forma de tipificación de los delitos de los arts. 316 y 317 (la omisión de las medidas de seguridad e higiene adecuadas con la puesta en peligro grave de la vida, salud o integridad física de los trabajadores en sus modalidades dolosa e imprudente) por ser expresión de ese fracaso que TERRADILLOS BASOCO ya anticipó en su momento y porque, para paliarlo, propuso tempranamente fórmulas que hoy en día se han abierto paso, sin que aún se hayan materializado en la concreta aplicación práctica de estos delitos; también y finalmente, porque en este tema confluyen además sus aportaciones sobre cuestiones nucleares de muchos de sus trabajos como la centralidad del bien jurídico en la teoría del delito, sus formas de protección y la adecuación de éstas a un derecho penal respetuoso de las garantías.

II. LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y SALUD DE LOS TRABAJADORES COMO DELITOS DE PELIGRO CONCRETO

Frente a las reticencias que desde el punto de vista de las garantías presentaban los delitos de peligro y en el contexto de desprotección de los derechos de los trabajadores que ya hemos señalado, TERRADILLOS BASOCO defendió la necesidad de la intervención penal en este ámbito, y se decantó, desde sus primeros trabajos, por la reivindicación de los delitos de peligro como forma de intervención adecuada en el entendimiento de que el peligro supone la probabilidad de un mal, pero no desde un punto de vista estadístico, sino como idoneidad lesiva, concepción que impediría, en su opinión, oponer argumentos garantistas a la criminalización del peligro ²⁶⁵. Es más, a pesar de las críticas vertidas a la tipificación del delito de peligro imprudente desde el principio de intervención mínima, se muestra claramente a favor de su inclusión con la finalidad de proteger la seguridad en el trabajo ya que, sin él, en su opinión, se vería comprometida ²⁶⁶.

La opción por esta técnica de tipificación no le impide llamar la atención sobre el riesgo de crear bienes jurídicos ficticios (los colectivos sin ningún tipo de filtro), riesgo que puede soslayarse sin por ello caer en la desprotección en este ámbito porque « *se puede llegar a la tutela eficaz de los bienes jurídicos individuales que se esconden tras los colectivos y que les dan contenido recurriendo a los tipos de peligro* » ²⁶⁷. Se decanta así por las técnicas de tutela anticipada considerando que los obstáculos a la admisión de los delitos de peligro son menores « *en el área de las libertades económicas, siempre que se utilicen de manera excepcional y subsidiaria respecto a formas sancionatorias de tipo administrativo* », entendiendo que hay que identificar necesidades reales de tutela y tipificar formas de peligros en las que la mera creación de éste aparezca como merecedora de pena ²⁶⁸. Este concepto de peligro, en su opinión, tiene que referirse al bien jurídico por significar probabilidad de un mal, sin que pueda acudir a los delitos de peligro de forma indiscriminada para proteger bienes jurídicos colectivos, ya que la búsqueda de la eficacia preventiva no puede suponer un debilitamiento de las garantías de la tipificación penal ²⁶⁹.

Ante la opción del legislador por un delito de peligro concreto, augura ya en el año 1990 ²⁷⁰ una inaplicación absoluta del art. 348 bis a (actual 316) debido a que el dolo debe abarcar todos los elementos objetivos, incluido el peligro concreto, y ello debe de poder probarse. Lo cierto es que el antiguo art. 427 (lesiones laborales dolosas) no se había aplicado en cuarenta y tres años (a fecha del trabajo, 1990) y con el nuevo art. 348 bis a (que se introduce en el año 1983) había aumentado la siniestralidad laboral en un 36,9% a pesar de disminuir la población ocupada ²⁷¹.

1. La opción por la técnica de tipificación del peligro hipotético

Por estas razones se decantó ya en el año 1995 por los delitos de peligro hipotético frente a los de peligro concreto ²⁷², considerando que hubiese sido preferible que el legislador hubiera optado por esta técnica de tipificación al considerarla la única eficaz en este campo, además de lícita cuando no es posible o conveniente supeditar la intervención penal a la constatación de un peligro para un bien jurídico concreto ²⁷³. Rechaza las críticas que destacan su excesivo formalismo porque el injusto penal, con la fórmula del peligro hipotético, no se reduce o limita a la verificación de la infracción

laboral, sino que se amplía a la valoración de si la infracción de la normativa laboral crea « *unas condiciones de trabajo probada y objetivamente peligrosas, en una consideración ex ante, para los bienes jurídicos de carácter personal tutelados*» ²⁷⁴.

Por esta vía no solo se aleja del concepto de seguridad más formalizado, como respeto a la normativa laboral (mantenido por algunos autores) que conduciría a identificar el ilícito del art. 316 con la infracción de las normas laborales, sino que agiliza así y fomenta la eficacia aplicativa de los artículos 316 y 317 que, de este modo, exigirían únicamente que la omisión de las medidas de seguridad debidas fuera idónea objetivamente ex ante para producir un resultado lesivo, restringiendo así el ámbito de responsabilidad por vía interpretativa. Pero teniendo en cuenta que la tipicidad no se agota en un juicio de pronóstico sobre su idoneidad, sino que esencialmente radica en si la acción está en contradicción con la norma base del tipo penal ²⁷⁵.

En el año 2002 ²⁷⁶ constata que los artículos 316 y 317 destinados a tutelar de forma específica la vida y la salud de los trabajadores a través de la técnica del peligro concreto no habían tenido los efectos que cabía esperar, como ya previó en su momento, y que el recurso a los tipos de peligro concreto que « *debería de haber ampliado el ámbito protector propio de los delitos imprudentes de resultado lesivo*» no había cumplido su objetivo. Entre las razones que explicarían esa falta de eficacia esgrime la complicidad con la delincuencia de cuello blanco, la inercia entre los aplicadores del derecho que desconocen la relevancia de los bienes jurídicos afectados y rehúyen las complejidades dogmáticas y el hecho de que estos delitos sólo se persigan una vez que se ha producido la lesión, en cuyo caso la jurisprudencia opta por castigar ésta como imprudente ²⁷⁷.

2. La cuestionable aplicación práctica de los tipos penales de peligro de los arts. 316 y 317

La concreta técnica de tipificación elegida generaba dudas en su momento y sigue planteando problemas aunque se trate inequívocamente de un tipo de peligro concreto que exige que se haya puesto efectivamente en concreto y grave peligro la vida, salud, o la integridad física de los trabajadores como reconoce la doctrina ²⁷⁸ y la mayor parte de la jurisprudencia ²⁷⁹. Sin embargo, sigue habiendo discusión sobre los requisitos que precisa su concreta aplicación práctica (al igual que ocurre con otros muchos tipos penales de peligro) ²⁸⁰, e incluso sobre la clase de peligro que tipifica a pesar del tenor literal del precepto que, sin embargo, según algunas resoluciones judiciales, sancionaría un peligro abstracto y no una puesta en peligro concreto al ser su objetivo la prevención de riesgos laborales ²⁸¹.

Además del hecho de que la aplicación concreta de este delito sea francamente mejorable, lo cierto es que como ya adelantaba TERRADILLOS BASOCO en su momento, la prueba del conocimiento de todos los elementos del tipo para poder aplicar la modalidad dolosa no es sencilla, y menos aún si se mantienen discrepancias sobre su estructura típica, sobre la naturaleza individual o colectiva del bien jurídico protegido y, por tanto, sobre el objeto de la conducta típica que debe correr un peligro que, a su vez, debe ser abarcado por el dolo del autor. Esta dificultad se traslada a los criterios para la delimitación entre la puesta en peligro dolosa e imprudente como puede apreciarse en los confusos argumentos que desarrolla la STS 1355/2000 de 26 de junio que se cita por otras como referente. Según esta resolución, el tipo doloso precisaría por un lado la conciencia del peligro, dando a entender que tal conciencia está ausente en el imprudente, y por otro, la omisión total de las medidas de seguridad, dando a entender que tal omisión implica a su vez la conciencia del peligro; inexistente en cambio en el tipo imprudente que se cumplimentaría, por el contrario, con la adopción de algunas medidas de seguridad, aunque insuficientes o defectuosas, lo que parecería indicar la ausencia de conciencia de peligro (por haber adoptado algunas).

Se desconoce así ²⁸² la diferencia entre el conocimiento de la peligrosidad de la conducta que es apta para producir un resultado lesivo (valoración ex ante) y que puede tener lugar tanto por la omisión de toda medida de seguridad como por la adopción de parte de ellas (y que está presente en el tipo doloso y en la imprudencia consciente), y la previsión fundada de que como consecuencia de tal omisión se generará una situación de peligro para la vida o salud de los trabajadores que constituye el resultado del delito (resultado de peligro verificable ex post) y que se asume como probable (dolo eventual) aunque se descarte la posibilidad de que el resultado lesivo de homicidio o lesiones se pueda producir, o confiando fundadamente en que no se producirá, ya que, de lo contrario, podría plantearse el dolo eventual con respecto al mismo. No sería fácil imaginar en este ámbito supuestos en los que se persigue la generación de una puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos (dolo

directo de primer grado), o se prevé tal puesta en peligro como segura (dolo directo de segundo grado) descartando fundadamente en ambos casos la posibilidad de lesión.

Pero sí cabe aplicar el tipo doloso con dolo eventual, y al margen de que se omitan todas o parte de las medidas de seguridad, en los casos en los que pueda probarse que se actúa sin descartar la posibilidad de que se ponga en peligro concreto y grave la vida o salud de algún trabajador como consecuencia de la realización de la conducta típica. Porque el dolo no tiene aquí como punto de referencia el resultado lesivo (de homicidio o lesiones), sino la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos que constituye justamente el resultado de este delito verificable ex post. Se confunde en este punto, como se anunciaba más arriba, el conocimiento de la peligrosidad de la conducta que reúne los requisitos típicos por su idoneidad objetiva valorada ex ante para ocasionar un resultado lesivo, y el resultado de puesta en peligro de este delito que debe asumirse al menos como probable (dolo eventual) sin que por ello se cuente con la posibilidad de que se produzca una lesión.

Hay que tener en cuenta que todas las sentencias del TS y de las Audiencias Provinciales que entran a valorar si puede aplicarse este delito en su modalidad dolosa (art. 316) es porque tiene lugar una muerte o lesiones (imprudentes) en el curso del trabajo, pero no por la sola puesta en peligro de la vida, salud o integridad física de los trabajadores. Las escasísimas que sí valoran la oportunidad de aplicar únicamente el art. 316, lo hacen porque, por distintas razones, no se solicita la aplicación de las lesiones o el homicidio imprudente que sí han acaecido. Por lo que se puede concluir que, en realidad, la puesta en peligro que exige el tipo penal ²⁸³ se prueba en la mayoría de los casos porque se ha concretado en la muerte o en las lesiones graves sufridas por el trabajador, lo que nos da una idea del poco rendimiento que hasta el momento se ha extraído de esta modalidad típica por parte de la jurisprudencia, y que las razones por las que TERRADILLOS BASOCO la criticó, siguen aún vigentes. La situación se agrava si nos fijamos en el tipo imprudente ya que no se ha encontrado ninguna sentencia que aplique el art. 317 sancionando la creación imprudente de un peligro grave para la vida, salud o integridad física de los trabajadores generada como consecuencia de la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales por no facilitar a los trabajadores los medios necesarios para desempeñar su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuada.

3. Las diferencias interpretativas y aplicativas que derivan de la elección del bien jurídico protegido en los arts. 316 y 317

Una parte de las enormes diferencias interpretativas y aplicativas de las distintas estructuras típicas de peligro, y los delitos contra los derechos de los trabajadores no son una excepción, deriva de las diversas opciones sobre cuál sea el bien jurídico protegido, término de referencia del dolo típico. Así, en tipos penales como el presente cuya estructura típica de peligro concreto contiene una referencia expresa a bienes jurídicos individuales en ámbitos de protección colectivos, se suele exigir la verificación de un resultado de peligro para estos últimos siempre que se entienda que son ellos el término de referencia del peligro, aunque se proteja también, a través de esta vía, el bien jurídico colectivo en el que se enmarcan.

Pero también hay autores que entienden que la estructura típica de peligro concreto en ámbitos de protección colectivos (delitos de incendio, delitos contra la salud pública etc.) y a pesar de la redacción típica, remite a los delitos de idoneidad o aptitud (o hipotéticos) si el término de referencia es el bien jurídico colectivo ²⁸⁴. De esta forma, al ser suficiente para dar cumplimiento a las exigencias típicas con la potencialidad lesiva ex ante de la conducta para bienes jurídicos colectivos, sin atender a la verificación ex post del peligro en el caso concreto, difícil, por otro lado, dado el carácter del bien jurídico, se facilita la aplicación del tipo, aunque sea a costa de obviar las exigencias típicas.

TERRADILLOS BASOCO en su obra *Derecho penal de la empresa* (1995) argumenta inicialmente que el bien jurídico de este delito (el art. 348 bis a del momento, actual art. 316) es la seguridad en el trabajo, un bien jurídico colectivo que define como « *un marco de referencia o un conjunto de condiciones que aseguran la viabilidad de los bienes jurídicos individuales*» que constituyen « *el auténtico bien jurídico*» ²⁸⁵ de este delito. Se recurre a un delito de peligro concreto para el bien jurídico salud del trabajador por no ser la seguridad en el trabajo *fácilmente aprehensible y mensurable* ²⁸⁶ al tratarse de un bien jurídico colectivo de carácter abstracto, por lo que precisa de la identificación de los bienes jurídicos individuales que se erigen en auténtico bien jurídico. La

conducta típica produciría una lesión al bien jurídico colectivo que detenta su propia autonomía, por no ser genérico y contar con contenido material, que se constituiría en bien jurídico instrumental respecto a los bienes jurídicos últimos, de carácter individual ²⁸⁷.

Más adelante y a medida que va perfilando su trabajo sobre estos delitos, conceptúa a los bienes jurídicos en ellos protegidos, la vida, la salud e integridad física de los trabajadores como bienes jurídicos colectivos, no individuales, por lo que solo los trabajadores en sus respectivas profesiones podrán ser sujetos pasivos de este delito. De esta forma, confirmando como término de referencia un bien jurídico colectivo, resulta más plausible sostener desde un punto de vista técnico que, en realidad nos encontramos ante un tipo de peligro hipotético que sanciona la idoneidad objetiva ex ante de la conducta con respecto a la vida y a la salud de los trabajadores como colectivo. Efectivamente, bajo este prisma considera que el tipo penal « *incrimina la creación de un peligro producido a través de una lesión a una situación instrumental*» porque la conducta « *aminora las condiciones de seguridad, pero esa lesión solo pasa a ser típica cuando, a su vez, constituye un medio objetivamente idóneo para afectar a los auténticos bienes jurídicos*» poniendo así « *en peligro a los trabajadores indeterminados como colectivo al que se somete a condiciones de inseguridad*» ²⁸⁸.

4. La idoneidad objetiva ex ante y la efectiva puesta en peligro concreto para los bienes jurídicos individuales

La lesividad del tipo se vincula entonces a la « *generación de un peligro que se proyecta sobre el colectivo de trabajadores cuya vida o salud se pone en peligro*». « *El derecho colectivo al mantenimiento de un determinado nivel de seguridad ha de interpretarse, pues, en sentido material, como ausencia de riesgo para la salud*» ²⁸⁹, que se respetaría con el escrupuloso cumplimiento de la normativa laboral que garantizaría un nivel razonable de seguridad en el trabajo para el colectivo de trabajadores sin que su infracción, que aminoraría las condiciones de seguridad, tuviese que implicar automáticamente un peligro para la vida o la salud de algún trabajador en particular, aunque, por otro lado, sea muy difícil considerar cómo tal vulneración podría no poner « *en peligro a los trabajadores indeterminados como colectivo al que se somete a condiciones de inseguridad*». Por tanto, « *el hecho de no facilitar medios de seguridad pasa a ser típico en la medida en que impida llegar a los niveles de seguridad legalmente exigidos, o los aminore, poniendo en peligro la vida o la salud de los trabajadores*» ²⁹⁰.

El desarrollo de esta argumentación podría llevarnos a pensar que es suficiente en su opinión con la objetiva idoneidad lesiva ex ante de la conducta para el bien jurídico colectivo de la vida y la salud de los trabajadores como tal colectivo por no facilitar las medidas de seguridad requeridas para dar cumplimiento a los requisitos típicos, sin embargo, afirma más adelante que es también necesario que la probabilidad cristalice en un peligro concreto, exigiendo la identificación de los sujetos individuales en que se materializa el bien jurídico protegido ²⁹¹. Seguramente porque la vulneración de la normativa laboral vinculada a las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo constituye ya un tipo de peligro abstracto por considerarse con carácter general (sin verificación de idoneidad objetiva ex ante en el caso concreto) idóneo para poner en peligro a los trabajadores indeterminados como colectivo al que se somete a condiciones de inseguridad; de hecho, como él mismo afirma, es muy difícil mantener que tal vulneración puede no poner en peligro a los trabajadores indeterminados como colectivo. Por esta razón, solo si esa omisión con carácter general idónea por eliminar o aminorar los niveles de seguridad legalmente exigidos puede vincularse a la puesta en peligro de la vida o la salud de algún trabajador en particular, cobra sentido la mayor relevancia del ilícito penal.

Desde mi punto de vista, el carácter pluriofensivo del delito se visualiza mejor entendiendo que se protege, por un lado, los bienes jurídicos individuales de la vida y la salud del trabajador, y por otro, al colectivo de trabajadores, no como un bien jurídico colectivo, sino como un bien jurídico pluripersonal, como un colectivo de personas. Se protege así la vida y la salud de las personas individuales con tipos penales distintos (a los genéricos de protección de la vida y la salud) por su pertenencia al colectivo, y al colectivo mismo en cuanto integrado por una pluralidad de personas objeto de especial protección por ser trabajadores en el desempeño de su trabajo ²⁹². Es la pertenencia al colectivo de trabajadores lo que dota a las personas que lo integran de la especial protección del Derecho penal que protege también al propio colectivo como tal.

El mérito de la propuesta de TERRADILLOS BASOCO consiste en combinar en la estructura típica del peligro concreto una propuesta doctrinal que surge para dar contenido a la peligrosidad de la

conducta con la finalidad de dotar de antijuricidad material a los delitos de peligro abstracto (delitos de peligro hipotético) con la verificación, tal y como exige la redacción típica, de que tal conducta ponga en peligro concreto la vida o la salud de los trabajadores que constituye el resultado de este delito. Se conforma así la estructura típica de peligro más respetuosa con las garantías que no tiene porqué resultar ineficaz en su aplicación si se aclara suficientemente, en primer lugar, la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos; y, en segundo lugar, se procede a la delimitación entre la conducta típica y el conocimiento de su peligrosidad por un lado, y el objeto del dolo típico de este delito por otro, que no está constituido por la pérdida de la vida o las afecciones a la salud o integridad física del trabajador, sino por la puesta en concreto peligro de las mismas.

Disfunciones del sistema judicial en el ámbito penal de la siniestralidad laboral

María Revelles Carrasco

Profesora Sustituta Interina de Derecho Penal

Universidad de Cádiz

I. INTRODUCCIÓN

Durante veinte años la praxis judicial del delito contra la vida y la salud de los trabajadores no ha estado exenta de vicisitudes. Su redacción típica se ha convertido en su mayor enemiga, según los aplicadores del Derecho. Como norma penal en blanco requiere el reenvío a la normativa laboral de prevención de riesgos, lo cual provoca la necesidad de un alto grado de especialización para identificar la infracción --del cual se carece en instancias de instrucción--. También, se utiliza equivalente fórmula para determinar los sujetos «legalmente obligados», que en muchos casos, se esconden tras las redes tejidas por la concurrencia de empresas. Pero sobre todo, la dificultad se halla en demarcar el alcance de los requisitos que conforman el comportamiento típico, es decir, el alcance del deber de seguridad del empresario así como el significado de los términos «(no) facilitar», «medios» y «peligro grave». En lo que respecta, al tratamiento dado a los delitos de resultado lesivo por imprudencia --muerte o lesiones--, tampoco es pacífica la delimitación de la propia imprudencia grave, imprudencia profesional; y la aplicación del principio de consunción cuando se da un resultado lesivo y un resultado de peligro. Resaltando además, la exclusión total de la posibilidad de apreciación de dolo eventual cuando se produce la muerte o lesiones del trabajador en el ámbito de los accidentes laborales.

Por su parte, la recurrencia a los principios garantizadores del Derecho Penal como el principio de intervención mínima, la descarga de la responsabilidad del hecho acaecido en el trabajador, la prolongada dilatación en el tiempo de los procedimientos sobre siniestralidad laboral, las irrisorias penas de multa impuestas a empresarios condenados, la infrautilización de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, y la minorización de las cuantías indemnizatorias, restan eficacia a la función preventiva general y especial del Derecho Penal.

No obstante, todos los inconvenientes que para los juzgadores suponen uno de los mejores instrumentos para la prevención de la siniestralidad laboral, tienen una base estructural y una coyuntura cultural ²⁹³. Por tanto, la velada declinación por el uso de este tipo delictivo, en el fondo subyace en un sistema tradicional simbólico donde los trabajadores no son sujetos de derechos merecedores de protección penal, o al menos no son merecedores del mismo grado de protección que otros sujetos. Lo cual nos traslada a épocas estamentales, no tan alejadas en el tiempo, que de forma interiorizada aún perviven permitiendo las muertes y lesiones de personas como si de piezas rotas de máquinas fueran. Así mismo, esto explica los escasos niveles de denuncia por parte de los propios trabajadores, debido al notable nivel de desigualdad material con el autor, pues se trata de sujetos asalariados que subsisten gracias a la relación laboral que los une al empleador.

II. FACTORES DE INHIBICIÓN

1. Falta de unidad de criterios judiciales

La necesidad de integrar unos criterios judiciales homogéneos en la resolución de litigios relativos a accidentes laborales se configura como una de las grandes asignaturas pendientes en el tratamiento jurídico penal de la siniestralidad laboral. En última instancia, la homogeneidad en la aplicación de las leyes sólo puede conseguirse mediante las resoluciones que dicta el Tribunal Supremo, pero actualmente la siniestralidad laboral difícilmente accede a la interpretación unificadora del Alto Tribunal, de hecho sólo se han dictado en veinte años, nueve sentencias. Por lo que corresponde ordinariamente la resolución definitiva de estos procedimientos a las Audiencias Provinciales, lo que no favorece la uniformidad en la aplicación de los preceptos penales referidos a esta materia ²⁹⁴.

En muchos supuestos, en los que el peligro no se ha traducido en un resultado de lesiones o muerte

para los trabajadores, se relegan los incumplimientos por parte del empresario de las medidas de seguridad y salud creando un riesgo grave para éstos, a la esfera administrativa. Pero más frágil resulta la degradación de los supuestos más graves de siniestralidad laboral a la categoría de falta, sujetos a un leve reproche donde lo único verdaderamente relevante es la indemnización pecuniaria, con abstracción de cuál sea la verdadera relevancia jurídico penal del hecho. Esta degradación casi de forma sistemática resulta alarmante y más aún tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que modifica el Código Penal, al suprimir las faltas ²⁹⁵, pues bajo esta consideración se da una derogación de la imprudencia lesiva en aquellos casos que sean apreciados como no graves. Desaparece del ámbito punitivo las lesiones y el homicidio por imprudencia leve trasladándose su conocimiento al orden civil, donde corresponde al trabajador o a sus causahabientes probar la causa del resultado ²⁹⁶, en un marco, afirma TERRADILLOS BASOCO, «como el de la siniestralidad laboral, en el que la prueba viene presentando dificultades prácticas considerables» ²⁹⁷. Es incongruente que una supresión nominal --pues de treinta y nueve conductas, catorce son únicamente las que se despenalizan-- produciéndose *de facto* una agravación de la punición con efectos perjudiciales, entre otros, en prescripción, reincidencia, etc., no sea tal en cuanto a una de las respuestas más socorridas a la accidentalidad laboral.

Por otra parte, hay una cuestión en la que no existe controversia, pues no ha sido objeto de tratamiento jurisprudencial, pero sí que cuesta no plantearse. Es el caso de los empresarios que con el objetivo de ahorrar costes económicos incumplen las normas de prevención de riesgos laborales creando un peligro grave para sus trabajadores, del cual son conscientes, y como consecuencia de ello, se produce la muerte o lesiones de alguno o algunos. La STS de 12 de diciembre de 2011 afirma que «actúa con dolo eventual quien sabe que con su conducta crea un peligro concreto de realización del tipo más allá del riesgo permitido y a pesar de ello la ejecuta, demostrando aceptación o cuando menos, indiferencia acerca del resultado». En este sentido, cuando la omisión consciente del empresario conlleva no sólo la exposición a un peligro grave a los trabajadores, sino que además muere o se lesiona alguno(s) de ellos, TERRADILLOS BASOCO manifiesta que «no es descabellado dar entrada en la calificación jurídica de estos hechos a la categoría del dolo eventual»; de hecho, continúa este autor «si la jurisprudencia recurre a la figura del dolo eventual para la correcta caracterización de ciertos delitos contra la seguridad vial con resultados lesivos, no hay ninguna razón para dejarla de lado cuando de enjuiciar supuestos de siniestralidad laboral se trata» ²⁹⁸. Por tanto, no sería tan arriesgado dar entrada al homicidio o lesiones por dolo eventual.

2. «Última ratio» y «nula ratio»

El uso indiscriminado y sistemático del principio de intervención mínima es uno de los principales recursos para eludir la aplicación del artículo 316 del Código Penal. Y es que la naturaleza laboral de los hechos, por el contexto en el que se producen, sugieren a ciertos juzgadores que la conducta de omisión de medidas de seguridad no es receptiva de acción penal, sino de otras instancias laborales o sobre todo resarcitorias, como si la salud y la vida de los trabajadores fueran un simple objeto de trueque. La SAP de La Rioja de 13 mayo 2005 señala que el ámbito ordinario de protección de los derechos de los trabajadores «corresponde sustancialmente al Derecho laboral y que su trascendencia penal debe constituir un remedio extremo. El principio de intervención mínima del Derecho penal supone que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico».

No obstante, hay que tener presente que la justificación a la intervención penal en este ámbito se deriva no sólo de la entidad de los bienes individuales afectados, sino también de la alta y creciente cota de siniestralidad colectiva. Así mismo, el principio de intervención mínima se dirige más al legislador que al intérprete de la ley, siempre vinculado al principio de legalidad ²⁹⁹; por lo que cuando se está ante una conducta constitutiva de delito no se puede obviar. La SAP de Castellón de 31 de marzo de 2014 afirma que en los hechos juzgados confluyen todos los elementos de un delito del artículo 316 del Código Penal no pudiéndose excluir su aplicación en base a la naturaleza laboral o social del hecho como si tal naturaleza fuera una llamada irremediable al principio de intervención mínima: «El denominado principio de intervención mínima, que, en todo caso, sugiere que la interpretación de la ley penal no debería ser extensiva, no es determinante de la naturaleza laboral o social de los hechos que han sido enjuiciados en este proceso, como lo sostiene la defensa, pues, siendo que la ausencia de redes de seguridad debajo de la estructura superior de la nave y de plataforma sobre el techo de la misma que posibilitara el reparto de peso de los trabajadores, tiene

"prima facie" todas las características de un hecho penalmente relevante en el sentido del artículo 316 del Código Penal, incontestable resulta que tal hecho justifica la iniciación de la instrucción y la continuación del procedimiento hasta sentencia, como en el presente caso».

Los límites de intervención del Derecho Penal quedan reglados por el legislador a través de la fijación de las conductas punibles y sus consecuencias jurídicas, es decir, por el principio de legalidad; cuyas exigencias están dirigidas al juzgador, que debe abstenerse de una interpretación arbitraria o extensiva de las normas penales. Pero el principio de intervención mínima, si bien puede orientar la praxis judicial, debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador a la hora de la conminación de las conductas merecedoras de reproche social. En este sentido la STS de 27 de mayo de 2013 afirma que la condición del Derecho penal como *ultima ratio* trata de reducir su aplicación al mínimo indispensable para el control social lo que puede ser un postulado razonable de política criminal que puede orientar a los juzgadores pero no puede tropezar ni dejar sin efecto el principio de legalidad.

III. FALTA DE CONSOLIDACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Existen dos concepciones en cuanto a la naturaleza del bien jurídico protegido, y dentro de una de ellas hay disparidad en cuanto al objeto de protección. La primera concepción, mayoritaria tanto doctrinal como jurisprudencialmente, parte de que el bien jurídico protegido es de naturaleza colectiva o supraindividual, además de ser autónomo respecto del bien jurídico individual de la vida y la salud del trabajador. Las consecuencias de esta apreciación es que, el bien jurídico protegido tiene carácter indisponible y por tanto, irrenunciable para los trabajadores; y cabe la posibilidad de concurso con un delito y/o falta de resultado lesivo. Con respecto al objeto de protección se dan tres tesis al respecto: la seguridad en el trabajo; la vida y la salud de los trabajadores; y la confianza o expectativa del mantenimiento de la seguridad en los niveles legalmente determinados. La segunda concepción, considera que el bien jurídico protegido es individual y se identifica con la vida y la salud de cada trabajador, y por tanto, no cabe la posibilidad de concurso con un delito y/o falta de resultado lesivo.

Sin embargo, el bien jurídico en la práctica no goza de una aplicación eficaz que lo consolide como un valor digno de protección, trasladando las responsabilidades al propio trabajador a través de constructos como «autopuesta en peligro», «principio de autorresponsabilidad», «imprudencia del trabajador», etc... Así, no es afortunada todavía, en el ámbito de la imprudencia, la lectura de algunos Juzgados o Tribunales de las distintas posiciones que ocupan empresario y trabajador en la relación jurídica que los une --la relación laboral--. Dándose lugar en ocasiones, la imputación del resultado lesivo al comportamiento de la propia víctima. Responsabilizándole de sus lesiones o incluso de su muerte ³⁰⁰. Con la existencia de dos situaciones: la exculpación total del autor con la subsiguiente absolución, o con la exculpación atenuada degradándose su actuación a falta. Así, los juzgadores que operan de este modo proponen un juicio de ponderación en el plano causal para decidir cuál de los dos comportamientos implicados prevalece --el del autor o el de la víctima--. Obviándose tres cuestiones: la primera, que el trabajador ex artículo 1.1 del ET, se halla bajo el ámbito organizativo y directivo del empresario, siendo su posición de subordinación y obediencia; segunda, el bien jurídico tutelado en este ámbito no es disponible para la propia víctima, por lo tanto, el trabajador no puede consentir en poner en peligro su vida o su salud ³⁰¹; y tercera, el comportamiento del trabajador no es típico.

En la SAP de Valladolid de 5 de noviembre de 2014, se absuelve al empresario al no apreciar infracción alguna en el hecho de ordenar a la trabajadora una actividad para la que no había recibido ni formación ni información, con la única excepción de haber recibido un curso general de prevención: *« El hecho de que estuviera trabajando sola, sin supervisión constante de otra u otras personas formadas sobre el funcionamiento de la máquina, no se considera que haya sido una infracción, sino más bien que hubiese sido conveniente que no estuviera sola. Las dos infracciones que se aprecian por la Inspección, no tienen relación causal con el accidente que se produjo, en el que destaca de manera relevante el hecho de que la trabajadora hiciera por su cuenta y en contra de todo lo que se la ha indicado, una conducta claramente imprudente y desencadenante del accidente, como es el acceder a la cinta estando la misma en marcha»*. ¿Es que el trabajador de manera autónoma y responsable elige poner en peligro su vida y morir? No se puede olvidar que éste es un elemento subordinado en una organización jerarquizada. El trabajador no es autónomo en la realización de su actividad profesional y en su forma de ejecutarla, por lo que no bastaba con que el empresario informara que los medios de seguridad individuales estaban disponibles, debió

cerciorarse de su uso y controlar el montaje de los andamios. En eso consiste poner a disposición de los trabajadores los medios necesarios para que desarrollen su trabajo en condiciones seguras y saludables.

No se puede restar protagonismo al que realmente lo tiene, el empresario; y atribuir sucintamente la culpa al trabajador, como pone de manifiesto la siguiente consideración: el único deudor de seguridad es el empresario y su incumplimiento junto con los demás elementos del tipo deviene en responsabilidad penal. Como afirma TERRADILLOS BASOCO, *«si como regla general, no cabe en Derecho penal la compensación de culpas, en el específico ámbito de la seguridad en el trabajo, esta regla ha de interpretarse con criterios aún más rigurosos, que llevan a relativizar la relevancia del comportamiento del trabajador, no sólo en el momento de constatar la existencia de imprudencia sino a la hora de valorarla. Y ello es así, porque el deudor de seguridad es el obligado a garantizarla aplicando la diligencia exigible. Mientras que el trabajador, que tiene también deberes relativos a su seguridad, no es deudor de la misma frente a nadie. Por tanto, la asunción por éste de riesgos desmesurados no puede dar lugar a exigirle responsabilidad criminal, como llega a plantearse esta resolución. Técnicamente no se trata de compensar culpas penales concurrentes, sino de valorar en su contexto la conducta imprudente del deudor de seguridad»* ³⁰².

IV. PENALIDAD PURAMENTE FORMAL

La pena de multa, según el sistema de días multa, se ha convertido en el ámbito de la siniestralidad laboral en algo meramente simbólico. Las penas de multas impuestas a empresarios condenados por incumplimientos de las normas de prevención de riesgos laborales creando con ello un grave peligro para los trabajadores son irrisorias, con la paradoja de que su cuantía resulta bastante más inferior a las sanciones impuestas por infracciones administrativas por omisión del empresario de las medidas preventivas, que tienen menor entidad --cuantitativamente que no cualitativamente-- que las penales. El artículo 50.5 del Código Penal señala que los Tribunales fijarán en la sentencia el importe de las cuotas diarias *«teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo»*. Afirma la STS de 12 de febrero de 2001, que lo dispuesto en el Código Penal no significa que los Tribunales deban efectuar *«una inquisición exhaustiva»* de todos los factores directos o indirectos que pueden afectar a las disponibilidades económicas del acusado, lo que resultaría *«imposible y desproporcionado»*; sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse.

Según la doctrina jurisprudencial aplicada de forma unánime, el mínimo legal se reserva para situaciones de indignancia o de circunstancias de extrema miseria; y para el resto de casos se acude a una individualización *«prudencial»* que conllevaría imponer la cuota dentro del tramo inferior sin llegar al mínimo absoluto y que en ningún caso supere el salario mínimo interprofesional. El sistema de tramos fue un criterio establecido en la STS de 7 de julio de 1999, que disponía: *«Si el ámbito legalmente abarcado por la pena de multa (de 200 a 50.000 pesetas de cuota diaria) ³⁰³, lo dividiésemos hipotéticamente en diez tramos o escalones de igual extensión (de 4.980 pesetas cada uno), el primer escalón iría de 200 a 5.180 pesetas, por lo que cuando se aplica la pena en la mitad inferior de este primer tramo, señalando por ejemplo una cuota diaria de mil pesetas, ha de estimarse que ya se está imponiendo la pena en su grado mínimo, aun cuando no se alcance el mínimo absoluto»*. Así, sin perjuicio del umbral mínimo para situaciones acuciantes de pobreza, se establece la cuota de 6 euros como cuota residual para casos de ausencia de prueba sobre el patrimonio del acusado, --bien porque el Tribunal no lo haya requerido o bien porque la parte acusadora no la haya presentado-- que se dará en la mayoría de los casos.

El reo en los procedimientos sobre siniestralidad laboral, por imperativo legal, es el empresario, condición ésta que otorga la presunción de que el mismo posee una cierta capacidad económica de la que carece el trabajador, pues de hecho, este último está bajo el ámbito de dirección del primero, que es quien le paga. No entra dentro de la especulación, sino de la constatación, afirmar que un empresario ostenta poder adquisitivo suficiente para poder constituirse y mantenerse como tal. Además, aún cuando no consten datos detallados sobre su situación económica, ni se hayan llevado a cabo actuaciones específicas destinadas a determinar sus ingresos y cargas, se pueden deducir de la profesión o actividad a la que se dedica o por otras circunstancias genéricas que consten en el relato de hechos probados ³⁰⁴. La SAP de Burgos de 21 de mayo de 2009, no atiende la pretensión del condenado apelante en orden a la rebaja de la cuantía de la multa al no haberse probado su situación

patrimonial, manifestando que: « *El señor Pedro Enrique tiene el cargo de gerente de la empresa de trabajo temporal Empleo Externo SL, lo que, desde luego, se traduce en la necesaria suficiencia económica para afrontar la sanción impuesta*».

No se puede estar de acuerdo con la línea jurisprudencial mayoritaria, por no decir única, que adolece en sus apreciaciones de la verdadera realidad social del conflicto y que deja sin contenido la finalidad preventiva de la pena, hasta llevar a límites ínfimos las cuantías de las cuotas diarias de las penas de multa. La SAP de Barcelona de 5 de noviembre de 2014 se manifiesta en estos mismos términos, afirmando que una cuota diaria que se reduce a cuantías nimias desnaturalizaría la pena de multa pues la sanción penal resultaría ser inferior a una sanción administrativa por hechos menos graves. Entre las cuotas diarias de multa más extensas, se halla la impuesta por la SAP de Palencia de 4 de enero de 2010 con 30 euros, y la más reducida es la aplicada por la SAP de Vizcaya de 8 de junio de 2005 con 1,20 euros. En una posición intermedia se sitúan algunas Audiencias imponiendo entre 18 euros, como es el caso de la SAP de Valencia de 11 de abril de 2009.

En cuanto a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, la reluctancia a su uso como pena principal en los delitos de resultado lesivo tiene su origen en la ceñida interpretación que de la imprudencia profesional se venía realizando por la jurisprudencia, que toma como punto de partida la distinción del Código Penal de 1973 entre impericia o negligencia profesional e imprudencia de quien ejerce una determinada profesión, distinción que en el Código Penal vigente carece de sentido. Los artículos 142 y 152 del Código Penal hacen referencia a la «imprudencia profesional», es decir, la imprudencia vinculada al ejercicio de una profesión sin más distinciones ³⁰⁵.

Así mismo, es llamativa la elevada cifra de supuestos de no aplicación de la pena accesoria de inhabilitación profesional en los delitos de peligro del artículo 316 y 317 del Código Penal, cuando el resultado no es la agravación de la pena privativa de libertad como hacía el Código anterior, sino solo añadirle, por consideraciones de prevención especial, la inhabilitación dirigida a neutralizar la específica peligrosidad del sujeto para seguir cometiendo delitos por los que ha sido condenado: es decir, relacionados con la actividad profesional en cuyo ejercicio ha actuado.

V. PENDENCIA EXCESIVA DE LOS PROCEDIMIENTOS

En el tratamiento cuantitativo realizado sobre los tiempos de respuesta de los órganos jurisdiccionales penales en el contexto de la accidentalidad laboral, se pudo detectar la excesiva dilación de los procedimientos. Transcurre un tiempo inasumible y, en muchos casos, incompatible con una elemental noción de eficacia en la administración de la Justicia. Así, la media de tiempo que se tarda en España en dictar una sentencia desde que se produce el accidente y/o se da una situación de peligro grave para los trabajadores por incumplimiento de las medidas preventivas, hasta que se produce la resolución final por la Audiencia Provincial, es de 69,2 meses, lo que supone más de 5 años. Los procedimientos que han tardado más tiempo en resolverse, concretamente 16 años, han sido los correspondientes a: la SAP de Málaga de 23 de marzo de 2004, habiéndose producido el accidente laboral que dio origen a la causa el día 12 de mayo de 1987; y la SAP de Gerona de 22 de febrero de 2010, cuya fecha del accidente objeto de enjuiciamiento tuvo lugar el día 3 de junio de 1993.

Los factores descriptivos y datos cualitativos que explican esta anormal prolongación de las causas sobre siniestralidad laboral, son de diversa índole aunque en ellos subyacen, de forma general, el desconocimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales y la falta de coordinación de las autoridades implicadas. Además de que la tramitación de los procedimientos de siniestralidad laboral queda descartada, por sus peculiares características, de la posibilidad de ser resueltos a través de los denominados «juicios rápido».

En cuanto a la fase de instrucción, la delimitación de los hechos y autor o autores por el órgano competente, conlleva todo un proceso que determina la necesidad del Juez Instructor de conocer la normativa de prevención de riesgos laborales, puesto que los delitos implicados, en el caso del delito del artículo 316 del Código Penal para su propia existencia requiere la infracción de dicha normativa, así como para identificar al sujeto activo también se remite a las normas laborales. Y en el caso de los delitos de resultado lesivo, el deber objetivo de cuidado vulnerado por el garante de seguridad bien puede tener su origen en las propias normas preventivas. Esta falta de especialización del Juzgado de Instrucción en materia preventiva laboral unida a la densidad de la misma, prescribe la necesidad de la información contenida en el Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o de los Servicios Autonómicos de Prevención, que comporta un tiempo de espera hasta su recepción. Este Informe no es un requisito obligatorio pero sí que en la práctica judicial se constituye en norma --pese a que los atestados de la Policía Judicial han mejorado gracias a las pautas

introducidas por el Protocolo Marco de 2007-- ya que se percibe desde el órgano instructor, que la Policía Judicial tampoco goza de la especialización requerida en la materia.

La siguiente complicación es la concurrencia de distintas personas y empresas a la hora de determinar al sujeto activo del delito, debido a que el ámbito laboral está impregnado por la concurrencia de diversas empresas: por motivos de contratación de personal se encuentran las empresas de trabajo temporal; por ser las encargadas de prevención se encuentran los servicios de prevención ajenos; por intervenir en la ejecución de la actividad desarrollada se encuentran las empresas subcontratadas; y así las responsabilidades sobre seguridad y salud en el trabajo, se diluyen de tal forma que se hace realmente complejo determinar al imputado o imputados de los hechos objeto de investigación. Como contrapartida, la otra parte del conflicto, los sujetos pasivos y perjudicados del delito, haciendo uso de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y como parte del proceso pueden solicitar la práctica de diligencias, interponer recursos, etc. Además son causas en la que el desarrollo del juicio oral, de forma general, suele necesitar más de una jornada, por lo que se plantean problemas para su señalamiento, que pueden llegar a demorarse hasta dos o tres años. Así mismo, como señala el Ministerio Fiscal hay que apuntar también, *«la importante movilidad de sus titulares en muchos Juzgados de Instrucción, lo que determina la sucesión de instructores con criterios no siempre uniformes y, por tanto, cambiantes durante la tramitación de la causa»*³⁰⁶.

VI. PREVENCIÓN REACTIVA

La LPRL mantiene un sistema clásico de prevención ante los riesgos laborales, basado en la aplicación a través de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de un catálogo de sanciones pero olvida por completo al sistema judicial. El principal efecto que ha generado este sistema, es un esquema preventivo de servicios y gestión que presta mayor atención a la generación de una apariencia documental que a la eficacia de la prevención; y tiene como objetivo evitar sanciones y responsabilidades, pensado de cara a un posible accidente, para diluir las responsabilidades o dirigir las hacia personas concretas, especialmente si son terceros subcontratados. Es una prevención «reactiva» ante el accidente. Se intenta delimitar cuáles son estrictamente las obligaciones de la empresa para cumplir estrictamente las mismas al menor coste posible, idea en la que coinciden con la visión tradicional de la obligación preventiva que sigue dominando en el ámbito judicial.

El elemento central de la prevención lo constituye designar un responsable de la misma, en los términos previstos por la normativa. La opción mayoritaria es subcontratar un servicio de prevención ajeno, normalmente la Mutua. La elección se hace en función del precio. Las otras opciones legales serían designar trabajadores a los que se de formación suficiente o formar un servicio de prevención propio interno. En ambos casos, la empresa queda obligada a pasar una auditoría. El servicio de prevención propio se descarta en lo posible: se suele preferir la subcontratación. La designación de trabajadores puede ser una opción más barata si éstos compatibilizan sus funciones laborales con las preventivas. Sin embargo, la empresa asume una responsabilidad excesiva y es difícil pasar un control. La función principal que se espera que cumpla el servicio de prevención es evitar responsabilidades de la empresa, teniendo al día la documentación exigible y señalando algunos puntos críticos que deban ser corregidos para cumplir con lo que marca la ley. Se espera del servicio de prevención que sea un aliado de la dirección de la empresa en el objetivo no contraer «ningún problema legal».

La documentación elaborada por el servicio de prevención es genérica y de escasa utilidad preventiva. Se archiva y queda a disposición de las autoridades (y en su caso de los delegados de prevención) para demostrar el cumplimiento de las obligaciones empresariales. Los reconocimientos médicos son genéricos y no relacionados con los riesgos concretos. El personal sanitario ni siquiera conoce la empresa. Los cursillos de formación están desconectados en gran parte de los casos de la realidad de la empresa. La selección de asistentes no está enfocada desde un punto de vista de gestión preventiva. Se busca más la imagen que el resultado.

No se muestra una eficacia represiva creíble frente a las conductas de incumplimiento. El sistema judicial sólo reacciona generalmente ante los accidentes mortales y muy graves. Y además, el accidente no es siempre el mejor indicador de la gravedad del incumplimiento.

La siniestralidad laboral como delito: consecuencias aplicativas

Rosa M. Gallardo García

Profesora Ayudante Doctora

Universidad de Cádiz

I. INTRODUCCIÓN

La investigación científico penal de los delitos laborales ha sido muy extensa desde que estos se introdujeron en los diferentes textos punitivos, con mayor o menor acierto. Las continuas reformas legislativas fueron conformando el llamado Derecho penal laboral, que viene a formar parte del Derecho penal económico. El Código penal dota de unidad sistemática a esta materia, recogiendo todos los delitos que afectan a los derechos de los trabajadores bajo un mismo techo, el Título XV, denominado «*De los delitos contra los derechos de los trabajadores*», en el que se encuentran agrupados los artículos 311 a 318. TERRADILLOS BASOCO especifica los diferentes bienes jurídicos que nos podemos encontrar en este título ³⁰⁷.

El delito que protege a los trabajadores de los riesgos acaecidos en el trabajo ha sido uno de los que más debate doctrinal ha suscitado. A destacar la aportación realizada por TERRADILLOS BASOCO en la discusión sobre el bien jurídico protegido. Efectivamente la identificación del bien jurídico en este delito ha sido una cuestión controvertida en la doctrina española que, tras un intenso debate no ha logrado ponerse de acuerdo. Esta discusión divide la doctrina en dos grupos, cuyo único denominador común es la defensa de la tutela de un bien de carácter colectivo, los primeros afirman que el bien jurídico es la seguridad en el trabajo; y los segundos defienden el amparo de la vida y la salud.

La mayoría de la doctrina afirma que la seguridad es el bien jurídico protegido ³⁰⁸, es decir, entiende que este bien de carácter colectivo, se conforma como un interés autónomo respecto de la vida y salud de los trabajadores, aunque necesite de éstos para aportar contenido material a esta propuesta. Por otro lado, el sector doctrinal que se contrapone a esta idea y cuyo máximo referente es sin duda TERRADILLOS BASOCO, considera que el interés jurídico protegido es la vida y la salud de los trabajadores desde un punto de vista colectivo ³⁰⁹.

Esta tesis contempla un bien jurídico de naturaleza colectiva porque tutela un interés de carácter público ya que defiende la vida y la salud de los trabajadores, y aunque éstos son bienes estudiados tradicionalmente en su dimensión individual, ambos se protegen en el ámbito del ejercicio de las diferentes profesiones. De esta forma, se entiende que este objeto es de carácter irrenunciable para los trabajadores, reconocido por las disposiciones legales como de derecho necesario ³¹⁰. La conducta descrita afecta a intereses individuales, tipificados en su dimensión colectiva constituyendo así, un bien jurídico transpersonal y de carácter laboral ³¹¹. Es, por tanto, la protección de la vida y salud de los trabajadores un bien de carácter macro social que afecta al conjunto de trabajadores.

La seguridad e higiene en el trabajo son elementos del tipo, pero no constituyen en sí mismo interés suficiente para que el legislador le conceda relevancia penal en orden a considerarlo bien jurídico, puesto que éstos poseen la función de legitimar, explicar y limitar los delitos. El bien jurídico protegido puede determinar la solución concursal a aplicar, ya que se debe tener en cuenta tanto el bien jurídico como la naturaleza de éste como estudiaremos en las siguientes líneas.

II. LA HABITUAL CONCURRENCIA DE PELIGROS Y DAÑOS EN EL TRABAJO

La siniestralidad laboral se ha venido identificando con la reproducción de un daño a la vida o salud de los trabajadores, y que tiene como origen el desarrollo de su profesión. Aunque el término consigue señalar y evidenciar la gravedad de los hechos que se subsumen en él, a su vez margina o invisibiliza un aspecto que debe estar presente en la gestión de la prevención de la accidentalidad laboral, como son los riesgos que se reproducen en el trabajo ³¹². De esta forma, los accidentes sin víctima o las simples situaciones de peligro para la vida o la salud de los trabajadores suelen quedar al margen de estadísticas oficiales y estudios. Esta invisibilidad se termina contagiando, además, a las instituciones encargadas de la inspección, control y sanción de estas situaciones y normalmente llegan a conocimiento de los jueces y tribunales cuando ya se ha producido el daño material. Además, esta necesidad de prevención de los peligros acaecidos en el trabajo aumenta en colectivos especialmente vulnerables, como son los jóvenes o los extranjeros, así como en sectores tradicionalmente más peligrosos, como es la construcción.

El Derecho penal tiene en consideración el riesgo laboral y crea un delito de peligro concreto, es decir, adelanta las barreras de punición y no es necesaria una lesión material, basta con la creación de un riesgo no permitido para que exista responsabilidad penal. Así pues, la ausencia de mecanismos de prevención y seguridad en el trabajo puede tener varios resultados, unos de carácter material, que generan un cambio en el mundo exterior, desde una pequeña lesión, una enfermedad, o incluso la muerte; y otro de carácter normativo, la generación de un peligro concreto y grave para la vida y la salud de los trabajadores.

De esta forma, nos encontramos con la concurrencia de un delito de peligro concreto que protege la vida y salud de los trabajadores desde un punto de vista colectivo, junto a un delito de resultado, cuyo objeto de protección es bien la vida, o bien la salud, desde una perspectiva individual. Esta concurrencia, trae consigo la necesidad de que los jueces y tribunales apliquen las reglas de los concursos penales en estos supuestos de hecho, siendo básico para ello, determinar ante qué tipo de concurso nos encontramos, bien concurso de leyes, o bien concurso de delitos.

Así pues, se parte de la base de que entre los preceptos del Código penal existen interferencias en el supuesto descrito en el tipo, y « *el legislador muchas veces es consciente de tales superposiciones y las admitiría como medio para proteger bienes jurídicos contra lesiones o peligros en distintos estadios (delitos de peligro, acciones preparatorias independientes, tentativa...)*»³¹³. De hecho, lo habitual es que los tribunales se encuentren con la concurrencia de peligro grave para la vida y salud de los trabajadores junto a la muerte o lesiones imprudentes, puesto que las sentencias en las que solo se evalúa el delito de peligro son de carácter excepcional en la jurisprudencia³¹⁴.

Pues bien, la elección entre un bien jurídico u otro, se torna determinante en el momento de establecer la regla del concurso a aplicar. Además hay que indicar, que la mayoría de la doctrina ha entendido que la identidad del bien jurídico protegido se configura como criterio rector que diferencia al concurso de leyes del concurso de delitos³¹⁵.

Si concurren dos delitos con un mismo bien jurídico debemos resolver el problema aplicando el concurso de leyes, que supondría la aplicación del principio *non bis in idem*. Sin embargo, la solución sería distinta si coinciden los intereses a tutelar, pero estos poseen una naturaleza diferente, a modo de ejemplo, el bien jurídico, vida, puede ser tutelado de forma colectiva o individual. Esta cuestión puede plantear una discusión en torno a si existe en este caso coincidencia o no en el bien jurídico. La diferente naturaleza evidencia el interés del legislador por otorgar una protección más amplia a la puesta en peligro de estos bienes cuando se ubican en el ámbito de las relaciones laborales, otorgándole una evidente autonomía y un protagonismo con sus propios y definidos contornos, respecto a los protegidos de forma individual en los delitos de resultado.

En consecuencia, el debate que reprodujeron las dos corrientes más conocidas sobre si el bien jurídico tutelado en el delito tipificado en los arts. 316 y 317 CP, es la vida y la salud de los trabajadores o es la seguridad, no resultaría determinante para elección del concurso a aplicar. Por el contrario, el ámbito en el que se reproduce y razones de política criminal nos indican que es la naturaleza del interés tutelado lo que resultará determinante en esta discusión. De hecho, tanto una como otra tienen las mismas consecuencias aplicativas debido a la naturaleza colectiva del bien jurídico, como pone de relieve TERRADILLOS BASOCO³¹⁶.

En definitiva, tanto aquéllos que opinan que el bien jurídico es la vida y la salud desde un punto de vista colectivo como los que entienden que es la seguridad, también de naturaleza colectiva, pueden llegar a la misma conclusión, por lo que a pesar de la relevancia de la identificación de los bienes jurídicos para determinar ante qué tipo de concurso estamos, en el ámbito de los riesgos laborales no se convierte en un criterio relevante o determinante.

III. LOS CONCURSOS ENTRE DELITOS DE PELIGRO Y DE RESULTADO EN LA SINIESTRALIDAD LABORAL

En este apartado nos centraremos en el estudio de aquellos supuestos en los que concurre tanto el peligro típico y antijurídico, creado ante la ausencia de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo; como la materialización del riesgo, esto es, se produce la lesión o muerte de un trabajador. De esta forma se somete a análisis el supuesto con mayor relevancia práctica, dado que en es el que suele llegar a conocimiento de jueces y tribunales.

La concurrencia de un peligro típico y de un resultado material dañoso nos obliga a acudir a los concursos. En un orden lógico podríamos interpretar que el resultado lesivo tiene la capacidad de absorber el peligro y que por, tanto solo sería de aplicación el delito de resultado, esta solución tendría como consecuencia dejar sin respuesta punitiva una parte del peligro que surge a raíz de la inaplicación de las normas de prevención: aquel que sufren los trabajadores que no han padecido o sufrido daño.

Así pues, esta opción no resulta válida ni adecuada ya que margina el riesgo laboral que sí ha sido previsto por el legislador penal al tipificar un delito de peligro concreto que protege un bien jurídico

colectivo. De ahí que sea necesario acudir a la regla que nos ofrece el concurso ideal de delitos, como indica TERRADILLOS BASOCO, dado que el daño producido no puede absorber el peligro antijurídico creado ³¹⁷.

Esta misma solución plantean los operadores jurídicos y también especialistas en la materia, por un lado, la Inspección de Trabajo, cuando insiste en la necesidad de incorporar al informe la relación de trabajadores que han quedado expuestos al peligro: «...si como consecuencia de las infracciones detectadas por omisión de las medidas de seguridad exigibles, se hubiese producido un accidente de trabajo o enfermedad profesional, el Inspector actuante, en el acta que extienda por esta causa, hará constar expresamente en la misma, no sólo los datos personales de los trabajadores lesionados, sino también los de aquellos otros trabajadores que, aunque no hubiesen sido afectados por el accidente o enfermedad profesional, estaban en el momento de ocurrir el siniestro en la misma situación de peligro que aquellos, con objeto de que por parte del Ministerio Fiscal pueda valorarse la eventual concurrencia de responsabilidades penales por aplicación de la figura del concurso ideal de delitos entre el peligro concreto y el de resultado, en aplicación con lo dispuesto en el artículo 77 del

Código penal...» ³¹⁸. Por otro lado, también de forma expresa se suma a esta solución el Ministerio Fiscal, que en la Instrucción 1/2001, indica que: «Los Sres. Fiscales mantendrán la acusación conforme al citado criterio del Tribunal Supremo en todos los supuestos de hecho similares, ejercitando en su caso las posibilidades de recurso procedentes para propiciar esa solución. A tal fin, deberá acreditarse la concurrencia o no de otros trabajadores cuya vida, salud o integridad física hayan sido puestas en peligro en el concreto accidente laboral producido, así como su identificación, adoptando las iniciativas necesarias para la constancia de tales circunstancias» ³¹⁹.

En consecuencia, es necesario determinar cuántos trabajadores compartieron esa situación de peligro, sufrieran un daño o no.

En esta línea el Tribunal Supremo entiende que, cuando existe concurrencia de un delito de peligro concreto y uno de lesión en el ámbito laboral, se debe aplicar el concurso de delitos cuando «...el resultado producido (la muerte de uno de los trabajadores) constituye solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad (ya que --como dice el Tribunal de instancia-- en la misma situación de peligro se encontraba trabajando la generalidad de los que desempeñaban sus funciones en la obra), debe estimarse correcta la tesis asumida por dicho Tribunal de instancia al entender que ha existido un concurso ideal de delitos» ³²⁰. El Tribunal Supremo hace referencia y valora los dos resultados producidos: el daño (en este supuesto: muerte) y el de peligro.

Por lo en aquellos casos en los que la puesta en peligro afecta a un conjunto de trabajadores y el desvalor de la acción comprende tanto el riesgo común como la lesión individual, la solución que se ajusta a Derecho y que abarca todas las conductas que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico --o bienes jurídicos-- exige la aplicación del concurso de delitos ideal. De hecho, solo sería admisible la aplicación del concurso de leyes si en los hechos probados se indicara que el trabajador fallecido o lesionado era el único que se encontraba dentro de la esfera de peligro antijurídico. En este supuesto el resultado si lograría absorber la totalidad del peligro creado, pero si hubiese otro trabajador más en peligro, aunque éste no hubiera sufrido menoscabo alguno, estaríamos ante un concurso de delitos ³²¹.

En consecuencia, se evidencia la importancia y necesidad de coordinación entre la Inspección laboral, el Ministerio Fiscal y autoridad judicial. Ésta resultará determinante en el ámbito de aplicación de los delitos tipificados en los arts. 316 y 317 CP, dado que en la práctica el informe de los inspectores de trabajo se conforman como elementos claves en la actividad probatoria ³²².

Además, de esta forma la jurisprudencia evidencia y constata que se tratan de bienes jurídicos distintos, en la medida en que los delitos de homicidio y lesiones, tutelan la vida y la salud, respectivamente, en una vertiente puramente individual, y el delito recogido en los arts. 316 y 317 CP protege esos mismos bienes jurídicos, pero con una naturaleza clara y necesariamente colectiva ³²³.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1999, de 26 de julio de 2000, de 22 de diciembre de 2001, de 4 de junio de 2002, ha ido configurando una tesis jurisprudencial clara en torno a la problemática concursal que suscita la concurrencia de un delito de peligro concreto y otro lesivo en el ámbito laboral, entendiendo que debe aplicarse el concurso ideal de delitos ³²⁴. A raíz de la elaboración de esta teoría, también la sentencias de las Audiencias Provinciales han ido sumándose

y posicionándose, y han entendido que ante la imposibilidad de absorción de todo el riesgo por los delitos de resultado se debe apreciar un concurso ideal de delitos y, así valorar el riesgo del resto de trabajadores que se convierte en uno de los resultados posibles, junto al daño ³²⁵.

Por otro lado, la reciente reforma penal ha eliminado las faltas, por lo que han desaparecido la relativa al homicidio por imprudencia leve, y los dos tipos de lesiones imprudentes recogidos en el derogado Libro III del CP. La concurrencia del delito de peligro con las faltas supuso un interesante debate doctrinal, respecto a la aplicación de las mismas y la menor conminación penal respecto al delito de peligro. Por lo que, aunque con la reforma hayan desaparecido las faltas, no así el debate que su aplicación suscitaba, dado que se ubicaba en la menor consecuencia penológica y ésta problemática se puede trasladar igualmente a los nuevos delitos leves.

A diferencia de la postura mayoritaria, LASCURAÍN SÁNCHEZ defiende la aplicación del concurso de leyes cuando concurren un delito de peligro con otro de resultado, y excepciona su propuesta, en el supuesto de que concurra un delito de peligro con las antiguas y ya derogadas faltas de lesiones u homicidio, proponiendo un concurso de delitos como solución: *«La resolución jurídica en estos casos requeriría el recurso a un concurso de delitos que permitiera abarcar tanto el grave desvalor de peligrosidad como el desvalor de resultados»* ³²⁶. Este autor está proponiendo realmente una doble vía, que irá por un camino u otro, atendiendo a la entidad del resultado lesivo y, si éste se subsume en un tipo conminado con mayor o menor pena.

Respecto a esta doble vía, TERRADILLOS BASOCO considera que con esta solución tendría como consecuencia el castigo con mayor dureza de aquellos supuestos que se subsumían en la falta que los que lo hacían en el delito, dado que *«...al negarse la aplicabilidad del artículo 316, el delito de lesiones imprudentes del art. 152.1.3 quedaría castigado con prisión de seis meses a dos años, mientras que la falta de lesiones imprudentes, que en la interpretación aquí criticada entraría en concurso con 316, daría lugar, de acuerdo con el artículo 77, a la prisión de seis meses a tres años y multa, ambas en su mitad superior»* ³²⁷.

Lo cierto es que este debate se da ante una situación de injusticia material ante la ausencia de proporcionalidad que creaba la siguiente situación: esto es, la aplicación del concurso de leyes cuando estábamos ante un resultado lesivo que se subsumía en una falta, y que además tenía la capacidad de absorber el riesgo creado, aplicándose el criterio de consunción entendido como, el delito de resultado consume el de peligro. La consecuencia punitiva ante este supuesto era la imposición de una pena considerablemente menor.

En este sentido, TERRADILLOS BASOCO también denuncia esta injusta consecuencia y hace referencia a la aplicación de las faltas, ahora delitos leves de homicidio o lesiones: *«más problemas vienen suscitando en la práctica los supuestos en que el resultado que agota el peligro comporta una pena menor que la correspondiente a éste. Apreciar, en estos casos una relación de consunción del peligro por parte de la lesión, provoca un claro privilegio a favor de quien lesionó levemente, al que se pone al abrigo de la aplicación de los arts. 316 y 317»* ³²⁸.

Sin embargo, la solución que se ha venido ofreciendo difiere de la doble vía en materia de concursos y prefiere una opción interpretativa diferente dentro del mismo concurso de leyes. Es decir, se entiende que la solución no está en cambiar la fórmula, y pasar de aplicar el concurso de normas por el de delitos, sino que dentro del concurso de leyes se utilice el principio de alternatividad. Con esta propuesta, se conseguiría finalmente el objetivo la consecuencia punitiva del delito con la pena más grave, continuando dentro del concurso de normas ³²⁹.

Esta interpretación vuelve a caer en una posible incoherencia, ya que, aunque se mueva en el ámbito del concurso de leyes, de nuevo marca una doble vía atendiendo al diferente rigor penológico de los delitos de resultado. Además, no sólo se observan los problemas esbozados, otros tienen una clara raigambre legal, en la medida en que el principio de alternatividad solo debe aplicarse cuando los demás no puedan, y no es el caso ³³⁰. Por lo que TERRADILLOS BASOCO propone que se debe seguir aplicando el principio de consunción pero haciendo una interpretación distinta, *«en sentido contrario al tradicional: el peligro consume a la lesión»* ³³¹. Esta teoría parte de que el delito de peligro puede tener una mayor complejidad que el de resultado, en la medida en que no se basa en el momento en el que se reproduce en el tiempo, por el contrario, se fundamenta en los elementos del mismo, y un delito de peligro concreto contra bienes jurídicos colectivos resulta de mayor complejidad. En consecuencia con lo anterior, no se trata simplemente de un proceso temporal, si no

que se debe abarcar elementos tan importantes de la cultura preventiva como la infracción de las medidas de prevención de riesgos laborales, que no se recogen ni en las antiguas faltas, ni en los actuales delitos leves, conminados a una pena nimia, precisamente porque no se integran en el desvalor de acción estos importantes deberes.

Aunque ya estén derogadas las faltas como tales, éstas se han reformulado en los nuevos delitos leves, con una pena considerablemente menor a la prevista en el delito de peligro, por lo que esta solución puede seguir siendo la opción a tener en cuenta cuando concurren con estos delitos que conminan con una menor pena. En resumen, los jueces y tribunales, realizando una correcta interpretación de la normativa vigente en materia de concursos, entienden que se aplicará el concurso de leyes siempre y cuando el resultado consuma el peligro de forma completa. En caso de que no ocurra así, y el peligro desborde el resultado material lesivo, se aplicará el concurso de delitos ideal, entre homicidio o bien lesiones imprudentes y el delito contra la vida y la salud de los trabajadores.

Siniestralidad laboral y responsabilidad penal por delitos contra la vida o la salud cometidos en comisión por omisión imprudente en el ámbito empresarial

Carmen López Peregrín

Profesora Titular de Derecho Penal

Universidad Pablo de Olavide

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de lo mucho que ha avanzado la dogmática española en los últimos años, aún existen, en mi opinión, muchas cuestiones que resolver respecto al establecimiento de la responsabilidad individual por resultados de muerte o lesiones a título de comisión por omisión imprudente, especialmente cuando dichos resultados han tenido lugar en una estructura organizada como es la empresa. Ello abarca, desde luego, supuestos de muy diferente naturaleza, desde, por ejemplo, la muerte producida en contextos de responsabilidad por la no retirada de productos defectuosos, hasta las lesiones causadas por desastres medioambientales provocados por no haberse adoptado las medidas evitadoras necesarias. Vamos a ocuparnos aquí, sin embargo, exclusivamente de los casos de muerte o lesiones de trabajadores que tienen lugar como consecuencia de no haber dispuesto de las medidas de seguridad necesarias para desempeñar su actividad.

No analizaremos aquí, por tanto, los delitos contra la seguridad en el trabajo ³³². Delitos que, por lo demás, podrán ser aplicables tanto en los supuestos en que no sea posible exigir responsabilidad por homicidio o lesiones, como también en los casos en que quepa apreciar concurso de delitos con estos

³³³. Por el contrario, se trata de intentar avanzar en el establecimiento de los requisitos objetivos y subjetivos que han de darse para poder imputar los resultados lesivos causados, poniendo especial esfuerzo en encontrar un equilibrio entre la búsqueda de la condena que pueda exigir la conciencia social y la necesidad de que aquella no conduzca a una excesiva flexibilización de las estructuras tradicionales de imputación que infrinja los principios de responsabilidad individual o de intervención mínima.

II. REQUISITOS DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN

1. La posición de garante

Únicamente puede responder de un delito en comisión por omisión quien ostenta un especial deber de evitar el resultado (garante). Y del art. 11 Cp se deduce que fuentes de la posición de garante solo pueden ser la ley, el contrato y el actuar precedente o injerencia ³³⁴. En el ámbito del que ahora nos ocupamos, por tanto, solo podría ser responsable de homicidio o lesiones en comisión por omisión quien tuviera la obligación de suministrar al trabajador las medidas de seguridad necesarias para el desarrollo de su actividad laboral ³³⁵.

Podría pensarse que en estos supuestos la posición de garante derivaría (al menos en algunos casos) directamente de la ley. En este sentido, considera el art. 14.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL) que quien tiene el deber de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales es el empresario ³³⁶ (lo que incluye, y así se dice expresamente) a las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio ³³⁷. Ningún problema existiría, en mi opinión, para admitir esta previsión legal como base para la fundamentación de la posición de garante en los casos de empresario individual ³³⁸. Sin embargo, no resulta suficiente para responder a todos los supuestos que pueden darse en la práctica, en la medida en que no cabría considerar garantes, por ejemplo, a los mandos intermedios de la empresa.

Tampoco creo que, como regla general, quepa fundamentar la posición de garante en los casos que nos ocupan en base a la injerencia ³³⁹, fuente que sí ha encontrado, por el contrario, campo de aplicación en otros supuestos de responsabilidad por delitos cometidos en el ámbito empresarial ³⁴⁰. Por todo ello, la posición de garante habrá de fundamentarse en estos casos en base sobre todo al contrato ³⁴¹. Lo cual, vaya por delante, no será siempre fácil, teniendo en cuenta, de un lado, que la cuestión se complica cuando son varias las personas que desarrollan las labores de gestión, dirección y administración de una empresa, y, de otro lado, que la jurisprudencia española es contradictoria a la hora de determinar quién o quiénes de entre los legitimados para tomar decisiones ostenta/n la posición de garante.

Dado que la organización del proceso productivo en nuestro sistema económico se rige por los principios de jerarquía y de división técnica del trabajo y especialización, creo que para responder a estas cuestiones habrá que tener en cuenta las posibilidades *reales* de cada afectado de poner en marcha medidas evitadoras, lo que a su vez dependerá de su posición jerárquica y sus competencias dentro de la empresa. De este modo, como pone de manifiesto Silva Sánchez ³⁴², no todos los directivos van a responder en comisión por omisión por los delitos cometidos en la empresa, sino que, por el contrario, el fundamento de la imputación de la responsabilidad proviene del nacimiento de unos ámbitos específicos de competencia individual fruto de la división del trabajo y de la estructura jerárquica, al frente de cada uno de los cuales se halla una persona que pasa a poseer una esfera propia de dominio sobre la organización interna de esa parcela de actividad y que asume por ello un específico compromiso individual de control de los riesgos para determinados bienes jurídicos que puedan provenir de los objetos o las personas sujetos a su control, con relación, eso sí, a las actividades propias de la empresa y a los hechos que esté en condiciones de evitar según su ámbito de competencias en el organigrama empresarial ³⁴³.

De este modo, cabe entender que si bien el empresario individual puede derivar su posición de garante directamente de la ley, cuando se trata de varios sujetos que en plano de igualdad y en relación horizontal se dividen las responsabilidades en la empresa, la posición de garante habrá de basarse en el contrato y habrá de referirse al ámbito de competencias que cada uno asume ³⁴⁴. En este contexto, comparto la opinión de quienes entienden que en las relaciones horizontales la regla general sería la inexistencia de deberes de vigilancia y control, rigiendo el principio de competencia ³⁴⁵. Lo que significa que, si existe una división horizontal de funciones según la cual es una determinada persona la encargada de la prevención de riesgos laborales (un coadministrador, por ejemplo, de hecho o de derecho), será este quien ostente en principio la posición de garante respecto a la evitación de muertes y lesiones de los trabajadores en el desempeño de su actividad.

En las relaciones verticales hay que tener en cuenta, por otro lado, el fenómeno de la delegación, medio que constituye un mecanismo imprescindible de transmisión de ámbitos de decisión en estructuras empresariales complejas ³⁴⁶. Y ello porque la delegación de funciones supone también la delegación de la posición de garante como transferencia del deber de control sobre la evitación del resultado ³⁴⁷. De este modo, si el subordinado tiene poder para tomar las decisiones en el ámbito de prevención de riesgos laborales, también puede (y debe) asumir las consecuencias de sus decisiones, siempre y cuando la delegación cumpla los requisitos necesarios para hacer surgir una nueva posición de garante en el delegado ³⁴⁸ y se den el resto de los requisitos de la comisión por omisión ³⁴⁹.

No obstante, la delegación no exime al delegante de toda responsabilidad, manteniéndose un cierto deber de control y supervisión por parte del superior ³⁵⁰. En este contexto, si en las relaciones horizontales regía el principio de competencia, por el contrario en las relaciones verticales en una estructura empresarial rige el principio de desconfianza, que se plasma en: a) un deber de vigilar en sentido estricto (conocer qué hace el subordinado) y b) un deber de evitar la actuación del subordinado, neutralizando sus manifestaciones delictivas una vez conocidas ³⁵¹. La concreta extensión de estos deberes dependerá en cada supuesto del tipo de actividad (mayor o menor riesgo)

y de las características personales del delegado (mayor o menor cualificación y experiencia) ³⁵². Importante resulta, en cualquier caso, establecer límites al deber de control y vigilancia, pues de lo contrario, si se le da una amplitud desmesurada, la delegación carecería de sentido ³⁵³.

El hecho de que, como puede advertirse, el delegado asuma la posición de control pero al mismo tiempo el delegante mantenga ciertos deberes, supone lógicamente admitir en algunos casos la responsabilidad cumulativa de delegante y delegado ³⁵⁴, aunque, como veremos después, no con el mismo título de imputación.

Resumiendo, se puede considerar garantes tanto a los que desempeñan funciones de dirección, como a los que asuman concretas funciones de garantía en un determinado ámbito de la empresa, en nuestro caso, en relación a la vida y salud de los trabajadores. Pero estos sujetos, por el hecho de ser garantes, no son automáticamente responsables de las muertes o lesiones de trabajadores que se produzcan ³⁵⁵. Por el contrario, se requiere además la constatación de la equivalencia.

2. La equivalencia

Por lo que respecta a este otro requisito de la comisión por omisión, las posturas sostenidas son muy variadas, aunque la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia exigen en este ámbito, en primer lugar, causalidad hipotética ³⁵⁶, entendida como la posibilidad fáctica que tuvo el sujeto de evitar el resultado ³⁵⁷, que se podrá afirmar cuando se dé por seguro o al menos como muy probable que si el sujeto hubiera realizado la acción mandada, el resultado no se hubiera producido ³⁵⁸.

Constatada la causalidad hipotética, habrá que comprobar entonces si cabe también la imputación objetiva del resultado a la omisión, adaptando por supuesto esta teoría a las especialidades del comportamiento omisivo ³⁵⁹. En este sentido, cabrá imputar la muerte o lesiones del trabajador al garante cuando dicho resultado constituya la realización de un riesgo jurídicamente relevante cuya evitación sea precisamente la finalidad de la norma infringida.

Especial relevancia tendrá en este contexto el requisito de que se haya creado con la omisión un riesgo jurídico-penalmente relevante. Ello requerirá constatar que la omisión creó o incrementó de modo relevante un riesgo de muerte o lesiones para el trabajador ³⁶⁰ y que dicho riesgo excedía del riesgo permitido ³⁶¹. Y también que fue precisamente el riesgo creado con la omisión el que se realizó en el resultado.

Por último, en cuanto al requisito de la pertenencia del resultado causado al ámbito de protección de la norma, adquiere especial trascendencia lo relativo a la autopuesta en peligro del trabajador, en la medida en que el consentimiento en el riesgo excluye la imputación objetiva del resultado (el trabajador que resulta muerto o lesionado tenía a su disposición todas las medidas de seguridad necesarias, pero no las usó porque le resultaban molestas, escondiendo dicha falta de uso al responsable de la vigilancia) ³⁶². No obstante, no deben confundirse estos casos con aquellos en que sí cabe la imputación objetiva del resultado causado por no existir un auténtico consentimiento (el trabajador, ante la amenaza de despido si no lo hacía, tolera --que no consiente libremente-- trabajar sin las medidas de seguridad adecuadas) ³⁶³.

III. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LA OMISIÓN IMPROPIA

Según lo visto hasta ahora, el responsable en la empresa de la prevención de riesgos laborales que, teniendo la posibilidad fáctica de actuar y de evitar con certeza o con gran probabilidad el resultado lesivo, crea con su omisión un riesgo no permitido (y no consentido) que se concreta en el resultado de muerte o lesiones del trabajador, realiza el tipo objetivo del delito de homicidio o lesiones en comisión por omisión como autor. Pero, ¿es posible también la participación en este ámbito?

La aceptación o no de la participación en delitos de omisión impropia es una cuestión muy debatida cuya solución se vincula a la propia concepción de la comisión por omisión que se sostenga. Partiendo, como aquí se parte, de la idea de que la posición de garante no basta por sí sola para determinar la autoría de un delito de resultado en comisión por omisión, sino que se requiere además la identidad estructural entre la acción típica y la omisión, desaparece el obstáculo principal para derivar responsabilidad por participación en comisión por omisión ³⁶⁴. Aparte de que, como pone de manifiesto De Vicente Remesal ³⁶⁵, no se entendería, por contradictorio, que el garante que realiza una conducta activa pueda ser autor o partícipe, mientras que si omite una acción esperada siempre haya de ser considerado autor.

Desde este punto de vista, aunque la posición de garante es la misma, a nivel de tipo objetivo habrá que distinguir entre autoría y participación en el delito de comisión por omisión en función de la equivalencia, esto es, entre omisiones equivalentes a autoría y omisiones equivalentes a participación ³⁶⁶ (especialmente, las equivalentes a complicidad, que es la única distinción con trascendencia a efectos de pena). De este modo, si para que exista complicidad (activa) el sujeto ha de realizar una conducta peligrosa, previsiblemente idónea para aumentar las probabilidades de éxito del autor del delito y que cree un riesgo de lesión mediata del bien jurídico que se traduzca efectivamente en un favorecimiento causal del hecho principal (en el sentido de facilitar, acelerar, asegurar o intensificar la comisión del delito) ³⁶⁷, entonces la conducta omisiva del cómplice debe ser equivalente valorativa y estructuralmente, no a la causación del tipo correspondiente de la Parte especial (lo que le convertiría en autor), sino a la causación del tipo de la complicidad, en el sentido de haber favorecido con su omisión la comisión (activa u omisiva) del delito por el autor ³⁶⁸.

Sin embargo, en la práctica es más fácil apreciar complicidad en comisión por omisión en una autoría activa que en una omisiva, pues resulta difícil encontrar un caso en el que quepa distinguir entre dos omisiones de dos sujetos, ambos con posición de garante, una que sea equivalente estructuralmente a la causación activa del tipo de la Parte especial y otra que lo sea a la colaboración activa en la ejecución ³⁶⁹.

Un supuesto puede encontrarse, en mi opinión, en la delegación: si se entiende que el delegante mantiene un cierto deber de control a pesar de la transferencia de la competencia, en el caso de que ninguno de los dos pusiera en marcha las medidas evitadoras, cabría sostener que la conducta del delegado constituiría autoría, dado que se ha convertido en responsable principal con respecto al ámbito de competencia transferido, y la del delegante, participación ³⁷⁰. En otras palabras, la conducta omisiva del delegado es equivalente a la autoría activa en cuanto no evitó el resultado lesivo siendo la persona que (por contrato, al asumir la delegación) era responsable de que dicho resultado no tuviera lugar; por su parte, la conducta omisiva del delegante es equivalente a una complicidad (o excepcionalmente a cooperación necesaria) activa en el hecho de otro, en la medida en que, al no llevar a cabo como debía sus deberes de vigilancia y control, ha facilitado (o hecho posible) la causación (omisiva) del resultado por el autor.

Eso sí, tanto uno como otro realizan con ello solo la parte objetiva del tipo. Pero la doctrina parece olvidar a veces que la exigencia de responsabilidad penal depende aún de la comprobación del tipo subjetivo ³⁷¹.

IV. LA REGULACIÓN DE LA IMPRUDENCIA TRAS LA REFORMA DE 2015

En el ámbito de las muertes o lesiones de trabajadores producidas a causa de no tener a su disposición las medidas de seguridad necesarias para desarrollar su actividad dentro de la empresa cabe también, por supuesto, la responsabilidad a título de dolo, sea directo o eventual. Pero ello requeriría la demostración de que los garantes conocían la situación de riesgo para la vida o la salud (conocimiento) y a pesar de ello decidieron no realizar la acción esperada (voluntad), asumiendo con ello la certeza o la alta probabilidad de producción del resultado lesivo, lo que dificultará su aplicación en la práctica. Y si no se aprecia dolo, la exigencia de responsabilidad penal por homicidio o lesiones dependería de la constatación de imprudencia grave o (en su caso) de imprudencia menos grave, ya que el homicidio por imprudencia leve es atípico desde la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo ³⁷².

Parto, con la mayoría de la doctrina, de que hay que vincular el comportamiento imprudente a la infracción del cuidado debido ³⁷³. Una infracción del cuidado debido que no debe ser confundida con una infracción de la normativa en materia laboral, puesto que, como dice Terradillos, ni la mera infracción de la normativa laboral es determinante de por sí de imprudencia penalmente relevante, ni la infracción de específicas normas de seguridad es elemento del tipo en los delitos de homicidio o lesiones imprudentes en este ámbito ³⁷⁴. Lo que sí es necesario, en cualquier caso, para que haya imprudencia es constatar que *ex ante* se daban las condiciones de previsibilidad de los factores de riesgo, porque si estas no se dan no es posible exigir a nadie que ajuste su conducta a una pauta de cuidado específica ³⁷⁵. La condena como autor de homicidio o lesiones en comisión por omisión imprudente requerirá, por tanto, la previsibilidad: el agente debe haber tenido, en su actuación, la posibilidad de conocer las exigencias de acción derivadas de su posición de garante y de comportarse

de acuerdo con ellas. En este sentido, no responderá penalmente el responsable de prevención de riesgos laborales que ni conocía, ni podía conocer la existencia del riesgo para la vida o salud del trabajador que se concretó en el resultado lesivo.

En cualquier caso, en España solo cabe castigar las acciones u omisiones imprudentes cuando expresamente lo disponga la ley para el delito de que se trate (art. 12 Cp). Rigiendo, pues, un sistema de *numerus clausus* en la imprudencia y al no estar previsto expresamente el castigo de la participación por imprudencia, entiendo que la participación imprudente (en delito doloso o imprudente) sería conceptualmente posible, pero atípica ³⁷⁶. Desde este punto de vista seguiría siendo necesario distinguir entre autoría (típica) y participación (atípica), aunque no hay unanimidad en cuanto a los criterios que habría que usar para llevar a cabo esta diferenciación ³⁷⁷, mucho más compleja además en casos de omisión impropia, lo que conduce muchas veces en la práctica a un concepto unitario de autor y a la correspondiente ampliación del ámbito de lo típico.

En este contexto habría que tener en cuenta, sin embargo, lo dicho respecto a la delegación, pues si, como aquí, se parte de que el delegante, al transmitir la posición de garante, solo podría responder como partícipe, ello conduciría a la impunidad de estos sujetos en casos de imprudencia ³⁷⁸. Al menos en lo que respecta al delito de resultado, y sin perjuicio de su responsabilidad por los posibles delitos de peligro.

V. CONCLUSIONES

Resumiendo, para responder en el ámbito de la siniestralidad laboral por homicidio o lesiones en comisión por omisión imprudente se requiere demostrar la existencia de posición de garante, causalidad hipotética, imputación objetiva, relación de autoría e infracción de la diligencia debida. Por tanto, quedarán excluidos de responsabilidad penal por resultados lesivos de muerte o lesiones producidos en el ámbito de actividad de la empresa: a) quienes no ostentaban (de hecho ni de derecho) ningún cargo de gestión o dirección en relación a la actividad empresarial o bien, ostentándolo, no tenían competencias en el ámbito de prevención de riesgos laborales; b) quienes no tenían posibilidades reales de evitar el resultado lesivo; c) aquellos que solo crearon un riesgo permitido o consentido, o que crearon un riesgo no permitido, pero que no se concretó en el resultado lesivo; d) quienes no determinaron con su omisión la producción del resultado, sino que solo facilitaron su producción (por ejemplo como delegantes); y e) quienes actuaron sin infringir la diligencia debida de forma grave o, en su caso, menos grave.

La incidencia de la «nueva» imprudencia menos grave en la siniestralidad laboral ³⁷⁹

M^a José Cuenca García

Profesora de Derecho Penal

Universidad Autónoma de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN

La reforma del Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha derogado el Título III y, con ello, desaparece la imprudencia leve, lo que ha supuesto la despenalización de las faltas de homicidio y lesiones del art. 621 CP. Se mantiene la categoría de imprudencia grave y, como novedad, aparece una nueva categoría, la imprudencia menos grave, que sólo se utiliza en relación con los delitos de homicidio y lesiones, de los arts. 142.2 y 152.2 CP.

El fundamento de estos cambios lo encontramos en el Prámbulo de la Ley ³⁸⁰. De una parte, el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como *ultima ratio*, determinan que el Derecho penal ha de quedar reservado para los supuestos más graves de imprudencia, «reconduciendo el resarcimiento del daño de un homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil». De otra parte, se consigue un uso racional del servicio público de Justicia con el fin de «descargar a los tribunales de la tramitación de asuntos menores» ³⁸¹.

Aunque esta novedosa regulación se realiza pensando en los accidentes de tráfico, donde se estaban produciendo problemas en la práctica judicial, en estas páginas analizaré su incidencia en el marco de los accidentes laborales, a partir de las consideraciones realizadas en aquel ámbito. Para contextualizar el problema de la siniestralidad laboral, apuntaré algunos datos que aporta la Fiscalía General del Estado ³⁸² que nos ayudarán a valorar el alcance de la reforma.

Aunque la siniestralidad laboral disminuyó como consecuencia de la crisis económica, en los últimos

años se observa un ligero repunte en la economía, cosa que se traduce en un aumento de la siniestralidad laboral. Tomando en consideración los últimos años, se observa que en 2015, se incoaron 15.881 causas por delito de lesiones imprudentes graves; 179 incoaciones por falta de lesiones por imprudencia leve y 35 incoaciones por el nuevo delito de lesiones imprudentes menos graves. En 2016, fueron 10.568 las incoaciones por delito de lesiones imprudentes graves; 158 las causas iniciadas por falta de lesiones por imprudencia leve y 132 sobre lesiones imprudentes menos graves.

Estos datos son muy limitados y no permiten valorar en profundidad los efectos prácticos de las modificaciones legislativas. En primer lugar, por el hecho de que únicamente se recogen las incoaciones, y no por lo tanto las condenas o absoluciones, ni los cambios de calificación producidos durante la tramitación de la causa. En segundo lugar, porque las incoaciones anuales no distinguen si se realizan de acuerdo a la reforma de 2015 o son hechos anteriores a la misma. Por lo tanto, no puede valorarse cuántas faltas leves han pasado a considerarse delito por imprudencia menos grave. No obstante, sí se pueden extraer algunas consideraciones destacables. Siendo que el delito de imprudencia «grave» no ha sufrido ninguna modificación legislativa, cabría esperar que las incoaciones tanto anteriores como posteriores a la reforma no sufrieran grandes variaciones o, tuvieran un ligero aumento debido a una cierta recuperación económica. Nada más lejos de la realidad. En 2016 disminuyen las incoaciones por delitos de imprudencia «grave» en 5.313 causas.

Queda la incógnita de si estos 5.313 casos de diferencia han pasado a sancionarse de acuerdo con la imprudencia «menos grave», si los hechos han sido posteriores a la reforma penal. Ahora bien, si agrupamos las categorías incoadas por imprudencias «no graves», en 2015 se incoan 214 causas y en 2016, 290 causas. Por lo tanto, no se puede sostener, de acuerdo con los datos disponibles, que las imprudencias menos graves acojan las que anteriormente serían consideradas como imprudencias graves. No obstante, debe señalarse que únicamente se analizan dos años y, por lo tanto, será necesario ver la evolución en años posteriores. A partir de los datos analizados, cabe plantearse, entonces, qué supuestos abarca esta «nueva» imprudencia menos grave, esto es, únicamente la antigua falta de lesiones por imprudencia leve o, también supuestos menos graves de la antigua imprudencia grave, cuestión que analizaremos en el presente trabajo, junto a las consecuencias de este cambio legislativo. Será entonces, cuando se intentará dar una respuesta a la incógnita planteada.

II. LA «NUEVA» IMPRUDENCIA MENOS GRAVE EN LA SINIESTRALIDAD LABORAL

Como se ha señalado, una de las novedades de la reforma del Código Penal ha sido la introducción de la imprudencia menos grave, categoría desconocida que deberá ir perfilándose con las resoluciones judiciales e interpretaciones doctrinales. Mientras tanto, para poder determinar el alcance y contenido de esta nueva imprudencia puede tomarse como referencia sentencias del Tribunal Supremo, en las que se intenta concretar los aspectos más relevantes para valorar el *grado*

de la imprudencia. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 876/2016 ³⁸³, que analiza un delito de lesiones imprudentes derivado de un accidente de trabajo, con remisión a la STS 1415/2011 ³⁸⁴, señala, para diferenciar la imprudencia grave de la leve, que *«la gravedad de la imprudencia se determina, desde una perspectiva objetiva o externa, con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del autor con respecto al bien que tutela la norma penal, o, en su caso, al grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias meramente casuales. El nivel de permisión de riesgo se encuentra determinado, a su vez, por el grado de utilidad social de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo). Por último, ha de computarse también la importancia o el valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: cuanto mayor valor tenga el bien jurídico amenazado menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado. De otra parte, y desde una perspectiva subjetiva o interna (relativa al deber subjetivo de cuidado), la gravedad de la imprudencia se dilucidará por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto. De forma que cuanto mayor sea la previsibilidad o cognoscibilidad del peligro, mayor será el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave resultará su vulneración»* ³⁸⁵.

Conforme a lo anterior, la Circular 4/2011 ³⁸⁶, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de siniestralidad laboral, y, a partir de la STS

211/2007, de 15 de marzo, sistematiza los criterios que facultan determinar la gravedad de la imprudencia con el fin de integrarla en la categoría grave o leve, estableciendo como tales: a) la mayor o menor falta de diligencia revelada por el autor en la acción u omisión originadora del riesgo, atendidas las circunstancias que concurran en cada caso; b) la mayor o menor previsibilidad del hecho que constituye el resultado; y c) el mayor o menor grado de infracción por el autor del deber de cuidado según las normas socio-culturales vigentes. Por su parte, la STS 256/2006, de 10 de febrero, marca el énfasis en la infracción del deber de cuidado, cuando dice *«radicando la diferenciación entre la gravedad y la no gravedad de la imprudencia en la intensidad de la infracción del deber de cuidado»*. Pues bien, continúa señalando la Circular, *«en los delitos de homicidio y lesiones imprudentes derivados de accidente de trabajo, este deber objetivo de cuidado, como elemento nuclear de la imprudencia, que en general remite al que exige la norma socio-cultural y la específica que reglamentan ciertas y concretas actividades (...), vendrá determinado normalmente por la normativa preventivo-laboral que, por densa, amplia y dispersa, necesariamente habrá que conocer de forma esencial, y que, encabezada por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 8 de noviembre de 1995, abarca toda la legislación general, sectorial, nacional y aun autonómica, que regula las diversas actividades laborales en las que la conducta negligente de algunos de sus agentes y operadores, puede originar un resultado lesivo para uno o más trabajadores»*.

La doctrina ³⁸⁷, por su parte, realiza las siguientes consideraciones en cuanto a la gravedad de la imprudencia en el marco de la siniestralidad laboral: a) Normalmente, la infracción muy grave se traducirá en conductas imputables a título de imprudencia grave; b) Es correcto considerar que *«cuando se omiten "todas" las precauciones la imprudencia deba ser calificada como grave»*, otra cosa es que sólo se considere imprudencia grave cuando se omiten *«todas»* las precauciones; y, c) No puede defenderse la tesis de que sólo debe apreciarse imprudencia grave en los casos de ausencia total de los medios de seguridad, y leve, cuando todo y la existencia de los mismos, son defectuosos, inadecuados o inservibles.

Ya en la Circular 4/2011 de la FGE se afirmaba que *«los conceptos de gravedad y levedad son un tanto difusos, sin fronteras claras y nítidas»*, lo que dificultaba el poder trazar una línea divisoria entre la imprudencia grave y leve. Pues bien, ahora, con la creación de esta nueva categoría de *imprudencia menos grave* la dificultad se encuentra en interpretar este nuevo concepto. Caben varias posibilidades:

La primera, equiparar lo que hasta ahora era considerado falta por simple imprudencia con los nuevos delitos menos graves, esto es, la *imprudencia menos grave es la imprudencia leve*, produciéndose un mero cambio terminológico. En este sentido se ha pronunciado RAMÓN RIBAS, al entender que esta nueva categoría penal no tiene carácter general, sino que es exclusiva del homicidio y lesiones, *«es decir, allí donde antes era posible, de forma sumamente excepcional, el castigo de la imprudencia leve»* ³⁸⁸. Contribuiría a esta interpretación el hecho de que los arts. 142.2 y 152.2 CP son, tras la reforma, calificados como delitos leves, que se enjuiciarán por los trámites del antiguo juicio de faltas (denominado tras la reforma *«Del procedimiento para el juicio sobre delitos leves»*) ³⁸⁹, en los que también se exige la denuncia de la persona agraviada, como requisito de procedibilidad ³⁹⁰. Por el contrario, la Circular 3/2015 afirma que la imprudencia leve queda *«extramuros del Derecho Penal»*, parece, entonces, que rechaza esta primera posición ³⁹¹.

La segunda posibilidad es considerar que la *imprudencia menos grave está conformada por una parte de la imprudencia leve*. A esto parece referirse el Preámbulo de la LO 1/2015 cuando dice: *«Se recoge así una modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitiría reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal»* ³⁹². Parece que la idea del legislador es dejar al margen del Código Penal algunos supuestos que eran considerados como de imprudencia leve, pero abre la puerta, a que parte de ellos puedan ser reconducidos a la imprudencia menos grave. De manera que, la imprudencia leve se habría despenalizado parcialmente, pues los supuestos más graves de las imprudencias leves continuarían siendo castigados. LANZAROTE MARTÍNEZ señala que esta interpretación respondería a la intención del legislador de acabar con la práctica judicial *«que seguía*

una interpretación restrictiva de la imprudencia grave y una interpretación amplia de la imprudencia leve que relegaba al ámbito del juicio de faltas supuestos de acciones imprudentes de cierta gravedad» ³⁹³.

Una tercera opción sería considerar que la *imprudencia menos grave abarcaría supuestos antes calificados como imprudencia grave*, desapareciendo la imprudencia leve. Esto es, la imprudencia menos grave es un subtipo de la imprudencia grave. Esta nueva imprudencia englobaría aquellas conductas que de forma cuantitativa y valorativa atienden «a una menor intensidad de la infracción del deber objetivo de cuidado, menor grado de riesgo no permitido generado o no neutralizado y menor grado de previsibilidad» ³⁹⁴. Para DOVAL PAIS, esta nueva imprudencia menos grave «es una especie menor de la imprudencia grave» ³⁹⁵, que implicará «la degradación de algunos comportamientos imprudentes antes graves (y castigados con penas de prisión) a la categoría de menos graves (en adelante, castigados con multa)» ³⁹⁶.

Finalmente, puede considerarse que la imprudencia menos grave estaría conformada de una parte de la antigua imprudencia leve y de una parte de la actual imprudencia grave. Esto es, sería una interpretación integradora de las dos anteriores. De manera que, *la nueva imprudencia menos grave englobaría «los casos más graves de la imprudencia leve y los menos graves de la imprudencia grave»*. Una vez más, desaparecería la imprudencia leve ³⁹⁷.

Frente a estas variadas interpretaciones doctrinales, en la praxis judicial posterior al 1 de julio de 2015, relativas a los accidentes de tráfico, tampoco hay una tendencia unificadora, más bien reina la dispersión de criterios. Así, como recoge el Dictamen 2/2016, del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial, en algunas sentencias se recoge la idea de que la «antigua imprudencia leve se identifica, al menos formalmente, con la menos grave» ³⁹⁸; otras resoluciones, por el contrario, «niegan expresamente que la imprudencia menos grave pueda equipararse a la antigua leve» ³⁹⁹; y, en determinadas sentencias, considerando que la imprudencia leve no ha sido despenalizada en su totalidad, entienden que la «nueva imprudencia menos grave podría equiparse o incluir los comportamientos de mayor gravedad de la antigua imprudencia leve» ⁴⁰⁰. Ante este panorama, el Dictamen 2/2016 señala, en primer lugar, que la imprudencia grave de los delitos de homicidio y lesiones imprudentes de los artículos 142.1 y 152.1 CP no sufre modificación alguna, por consiguiente, debe rechazarse la interpretación de que la imprudencia menos grave acoja supuestos de la imprudencia grave. En segundo lugar, destaca que la imprudencia menos grave «es distinta de la anterior imprudencia leve de los arts. 621.2 y 3 CP vigentes hasta el 1 de julio de 2015 y de mayor cercanía a la grave, exigiendo la vulneración de deberes relevantes de cuidado, tratándose de un concepto autónomo». Y, en tercer lugar, entiende que el concepto de imprudencia leve «comprende el tercer escalón reservado para los ilícitos civiles encuadrables en la culpa extracontractual». Ahora bien, también destaca que para abordar «las nuevas y sutiles diferenciaciones conceptuales sobre la imprudencia» será necesario, no sólo atender a un inevitable componente casuístico, sino que el Ministerio Fiscal deberá de impulsar la unificación de criterios en los Juzgados y Tribunales ⁴⁰¹. No obstante, debe destacarse que el Dictamen 2/2016 señala que la imprudencia merecerá la calificación de *menos grave* cuando «existiendo graves vulneraciones de los deberes de cuidado merecedores de la subsunción en los tipos de los arts. 142.1 y 152.1», concurren infracciones simultáneas y de similar gravedad de la víctima, porque ello obligará a la degradación de la calificación ⁴⁰².

Desde el ámbito de la siniestralidad laboral y tomando como punto de referencia lo acabado de señalar, fiscales especializados en siniestralidad laboral apuntan que los problemas que allí se plantean no se presentarán en este ámbito, gracias a la labor del Fiscal Especialista. Así, se defiende que la despenalización de la imprudencia leve no tendrá prácticamente incidencia práctica en el ámbito de la siniestralidad laboral, bien porque se han venido celebrando un escaso número de juicios de falta, bien porque muchos de los hechos que se enjuiciaban como faltas podían reconducirse a delitos «aplicando la categoría de imprudencia grave o en la actualidad menos grave y por tanto seguirán contando con relevancia y respuesta penal» ⁴⁰³. De igual manera que sucede en el ámbito de los accidentes de tráfico, en los de trabajo, si concurre la imprudencia de la víctima, ésta puede configurarse como una circunstancia a tener en cuenta en la graduación de la imprudencia. De manera que, si antes de la reforma cuando se degradaba la responsabilidad del empresario de grave a leve, suponía pasar de la imprudencia temeraria a la simple, del delito a la falta; ahora, tras la

reforma, supondrá degradar la imprudencia grave en menos grave, de delito menos grave a delito leve, o considerar que no tiene respuesta penal, si la degradación se produce de una inicial calificación de imprudencia «menos grave» ⁴⁰⁴.

Aunque, en el ámbito de la contribución de la víctima en la siniestralidad laboral, la doctrina mayoritaria ⁴⁰⁵ defiende que la responsabilidad del empresario no se degrada, no pudiendo, por tanto, ser aplicable la categoría de imprudencia menos grave de forma automática, la praxis judicial, pone de manifiesto que la imprudencia del trabajador tiene unas connotaciones especiales ⁴⁰⁶. Así, lo refleja, entre otras, la reciente SAP de Soria 59/2015, de 15 de julio, en la que frente a una inicial imputación por un delito de homicidio por imprudencia grave del art. 142.1 CP, acaba degradándolo a delito de homicidio por imprudencia menos grave del art. 142.2 CP. La Audiencia Provincial entiende que ha habido dos conductas que han contribuido al resultado «por una parte la acción imprudente del conductor de la máquina compactadora y, en segundo lugar un incumplimiento del Plan de Seguridad lo que a su vez conlleva un defecto de coordinación», estimándose que la segunda acción es de menor gravedad que la primera ⁴⁰⁷. Así las cosas, como ya he apuntado, si la calificación inicial fuese la de la categoría de imprudencia menos grave, en caso de degradación de la tipificación por concurrir culpa del trabajador, la consecuencia sería la atipicidad del resultado lesivo. Para evitar esta posibilidad, junto a otras consecuencias prácticas que apuntaré en el siguiente apartado, MARTÍN SANTOS propone que el Fiscal «debe inclinarse por exigir que la instrucción sea inicialmente para la investigación de un delito de homicidio o lesiones por imprudencia grave desdeñando y recurriendo toda respuesta judicial en contra que opte por seguir un procedimiento inadecuado previa calificación prematura de la gravedad de la imprudencia» ⁴⁰⁸.

Está claro que no todos los resultados lesivos --homicidio o lesiones-- que se produzcan como consecuencia de un accidente de trabajo serán «graves», sin embargo, y en aras a proteger la vida y la salud del trabajador, su propuesta responde a la inseguridad que genera desconocer el alcance de esta nueva categoría de imprudencia. No puede olvidarse que lo que pretendía el legislador, con esta nueva figura de la imprudencia, era evitar resultados indeseados en el ámbito de la seguridad vial; pues, o bien terminaba como juicio de faltas resultados lesivos graves o mortales, o bien, se tramitaba por vía penal supuestos que eran más propios de la responsabilidad civil ⁴⁰⁹. A tenor de esta finalidad, considero que los Tribunales, en el ámbito de la siniestralidad laboral, acabarán aplicando esta «nueva» imprudencia no sólo en los casos más graves de la antigua imprudencia leve, sino también en los supuestos menos graves de la imprudencia grave, quedando la imprudencia leve extra muros del Derecho penal.

En definitiva, como se ha señalado, no es fácil delimitar el campo aplicativo de la imprudencia menos grave. Ahora bien, una cosa es evidente, a partir de la reforma se producirá una menor protección de la vida y salud de los trabajadores frente a comportamientos imprudentes ⁴¹⁰.

Un dato, al inicio de estas páginas se planteaba una incógnita: en el año 2016 dejan de incoarse 5.313 causas por delitos de lesiones imprudentes «graves». De los datos analizados se desprende que estas causas «desaparecidas» no han sido castigadas por la «nueva» categoría penal de imprudencia menos grave, de manera que, aun sin saber que ha pasado con ellas, puede afirmarse que se ha producido un significativo e inexplicable descenso del conocimiento por parte del sistema de justicia penal, de imprudencias graves en el ámbito laboral.

III. CONSECUENCIAS DE ESTE CAMBIO LEGISLATIVO

En esta última parte del trabajo haré referencia a algunas de las consecuencias que se producen, al considerar a estas nuevas figuras delictivas como delitos leves ⁴¹¹. Con carácter previo, señalar que los supuestos de imprudencia menos grave son tratados como delitos leves, como se desprende de la interpretación del art. 13.3 y 4 CP en su nueva redacción ⁴¹².

En primer lugar, los arts. 142.2 y 152.2 CP señalan la exigencia de denuncia previa como requisito de perseguibilidad, esto es, para practicar diligencias es necesaria la denuncia de la persona agraviada o su representante legal. Ahora bien, MARTÍN SANTOS considera que el Fiscal «debe controlar los autos de archivo o sobreseimiento por falta de denuncia previa, exigiendo que, habiéndose tenido conocimiento o *noticia criminis* por cualquiera de los modos permitidos en Derecho, se practiquen desde un primer momento las diligencias necesarias»; sobre todo en el ámbito de la siniestralidad laboral, pues el Ministerio Fiscal está obligado «a exigir la investigación de un posible delito de riesgo del art. 316 o 317 CP que continúa siendo público» y cuya comprobación no podrá ser

limitada mediante los autos de archivo por falta de denuncia ⁴¹³. Por su parte, la Fiscalía General del Estado, en la Memoria de 2016 ⁴¹⁴, destaca que la exigencia de denuncia, cuando el delito se cometa por imprudencia menos grave, afectará al ámbito de la siniestralidad laboral y apunta que se producirá un descenso de la litigiosidad penal. A simple vista, esta condición no debería ser causa que justifique dicho descenso, ya que para la persecución de las antiguas faltas también se exigía la preceptiva denuncia --art. 621.6 CP--. Quizás, la explicación a dicha afirmación se encuentre, de una parte, en el hecho de que en el ámbito de la siniestralidad laboral se venía celebrando un escaso número de juicios por falta y, de otra parte, en el hecho de que los accidentes laborales que finalmente acababan calificándose como falta, eran resultado de la degradación del inicial delito de lesiones imprudentes, justificada por la implicación de la actuación del trabajador en la producción del accidente.

En segundo lugar, se introduce una modificación, en el apartado 5º del art. 130.1 CP ⁴¹⁵, que regula el perdón como causa de extinción de la responsabilidad, otorgándole eficacia en todos los delitos leves perseguibles a instancias de parte. De manera que, esta causa de extinción reservada para las infracciones privadas, se extiende a los delitos leves, semipúblicos y, por tanto, a los previstos en los arts. 142.2 y 152.2 CP. Considero que en el ámbito de la siniestralidad laboral deberá exigirse que el Ministerio Fiscal compruebe que si el trabajador otorga el perdón al empresario, lo hace, como señala el Tribunal Supremo, «*con franca libertad, pleno conocimiento de sus efectos y sin restricción ni condicionamiento alguno*» ⁴¹⁶. Y ello, porque el trabajador se halla en relación de desigualdad frente al empresario y el posible ofrecimiento de una indemnización, condicionada a que abandone el procedimiento penal, puede ser suficiente para otorgarle el perdón. Ahora bien, no debe olvidarse que cuando se produce un accidente de trabajo, en un alto porcentaje, concurren dos infracciones penales: un delito de riesgo, de los arts. 316 o 317 CP y, el subsiguiente resultado imprudente, afirmándose por la doctrina penal que el derecho a la seguridad en el trabajo es de carácter colectivo e indisponible, lo que significa que no pertenece a cada trabajador como individuo sino como miembro de un grupo, en nombre del cual le está vedado renunciar. De acuerdo con ello, la doctrina penal afirma la irrelevancia del consentimiento del trabajador como causa de atipicidad o justificación de los delitos recogidos en los arts. 316 y 317 CP ⁴¹⁷.

Y, en tercer lugar, se introduce el principio de oportunidad para los delitos leves, indicando en el Preámbulo de la LO 1/2015 que «*en el caso de las infracciones de menor gravedad (los delitos leves) existen habitualmente conductas que resultan típicas pero que no tienen una gravedad que justifique la apertura de un proceso y la imposición de una sanción de naturaleza penal, y en cuya sanción penal tampoco existe un verdadero interés público. Para estos casos se introduce, con una orientación que es habitual en el Derecho comparado, un criterio de oportunidad que permitirá a los jueces, a petición del Ministerio Fiscal, valorada la escasa entidad del hecho y la falta de interés público, sobreseer estos procedimientos*» ⁴¹⁸. Ahora bien, la Circular de la Fiscalía General 1/2105 ⁴¹⁹ indica que el Fiscal deberá asistir al Juicio Oral si el resultado mortal (art. 142.2 CP) se produce en el ámbito laboral como consecuencia de la infracción de normas de prevención de riesgos, seguridad e higiene en el trabajo, así como en los casos de lesiones del art. 149 CP (art. 152.2 CP).

NOTAS:

¹Me he referido a este proceso de transformación en A. BAYLOS, «El personal docente e investigador contratado en régimen laboral después de la reforma de la LOU en 2007», *Revista de Derecho Social* nº 44 (2008), pp. 37-41.

²A. BAYLOS y J. TERRADILLOS, «Controles institucionales al ejercicio del derecho de huelga. (Análisis comparado de las experiencias británica y española)», *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 26 (1986), pp. 589 y ss.

³A. BAYLOS y J. TERRADILLOS, «Protección jurídico-penal de la libertad sindical y del derecho de huelga», *Relaciones Laborales*, Tomo I (1986), pp. 34 y ss.

⁴Se trata de la conocida tipificación de modelos normativos sobre el derecho de huelga que llevó a

cabo A. MARTÍN VALVERDE, «Huelga laboral y huelga política: un estudio de modelos normativos», en VV.AA., *El derecho del Trabajo ante el cambio social y político. I coloquio sobre Relaciones Laborales (Jaca 1976)*, Universidad de Zaragoza, 1977.

[5J.](#) TERRADILLOS BASOCO, «El Estado y los conflictos sociales. La función del Derecho Penal», *Revista de Derecho Social* nº 9 (2000), pp. 23-42.

[6](#)La doctrina del Tribunal Constitucional (la STC 120/1983 y la STC 137/1997) estableció que la acción que lleva a cabo el piquete forma parte del contenido esencial del derecho de huelga, pues la proyección exterior de la huelga forma parte indisoluble del derecho, y «el piquete de huelguistas, con sus funciones de propaganda, información o persuasión a los demás trabajadores para que se sumen a la huelga o disuasión a los que han optado por continuar el trabajo, integra el contenido del derecho reconocido en el art. 28.2 CE».

[7J.](#) TERRADILLOS BASOCO, «De la huelga como derecho al piquete como delito. A propósito de la sentencia sobre el caso "los 8 de Airbus"», *Revista de Derecho Social* nº 73 (2016), pp. 217-240.

[8](#)Que sin embargo no habían podido ser incorporados al libro, también publicado por Trotta, sobre Derecho Penal de la empresa, que contenía un apartado dedicado al Derecho Penal del Trabajo. Cfr. J. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho Penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995.

[9J.](#) TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, un libro que me agrada especialmente citar no sólo por la importancia de la materia estudiada y su repercusión en la acción sindical, sino porque está dedicado a Joaquín Aparicio y a mi mismo, «por obvias razones de afecto».

[10L.](#) ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Servicio Social de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Madrid, 1981, pp. 18-24.

[11L.](#) ARROYO ZAPATERO, *Manual de Derecho Penal del Trabajo*, Praxis, Barcelona, 1988.

[12](#)Como forma de dar a conocer y popularizar entre los iuslaboralistas estas reflexiones, publicamos un artículo explanatorio en la que entonces era la revista especializada en Derecho del Trabajo de mayor impacto. Cfr. A. BAYLOS y J. TERRADILLOS, «Significado y función del Derecho Penal del Trabajo», *Relaciones Laborales* nº 2 (1990), pp. 164-180.

[13](#)Sin embargo, esta deriva del discurso no es la que quiere la OIT en el debate que ha abierto sobre «El futuro del Trabajo». Mediante el mismo quiere problematizar en efecto una realidad ya de por sí suficientemente compleja y en cambio, que debería ser (re)conocida en una buena parte de sus aspectos, a menudo contradictorios, para a partir de allí, poder desplegar las diferentes opciones políticas sobre la regulación y el gobierno de ese «futuro que queremos». Y que por consiguiente no acoge un solo diagnóstico ni expresa una sola patología, sino que presenta una realidad muy compleja y ambivalente, en la que los ciudadanos y las organizaciones que representan el trabajo tienen necesariamente que intervenir y mediar en la resolución de los conflictos de intereses que surgen de ella. Una situación que además es líquida en el sentido que ya ha comenzado y hay importantes rasgos de lo que se piensa para el futuro que ya están aquí presentes y frente a los cuales se están arbitrando determinadas medidas, no necesariamente incorrectas. La unilateralidad en el gobierno de la crisis, la imposición de una política sobre otras posibles y negociadas, son sin embargo, errores seguros y no abren vías practicables para un cierto acuerdo social de futuro sobre aspectos importantes de ese mismo futuro que queremos. En general, sobre este asunto, L. MORA CABELLO DE ALBA y M. L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (Coords.), *El futuro del trabajo que queremos*, Bomarzo, Albacete, 2017.

[14J.](#) TERRADILLOS BASOCO, «Derecho Penal del Trabajo», *Revista Penal* nº 1 (1998), p. 78.

[15J.](#) M. TERRADILLOS BASOCO, *La siniestralidad laboral como delito*, Bomarzo, Albacete, 2006, p. 14.

- [16J.](#) M. TERRADILLOS BASOCO y D. BOZA MARTÍNEZ, *El Derecho Penal aplicable a las relaciones laborales*, Bomarzo, Albacete, 2017, p. 126.
- [17J.](#) M. TERRADILLOS BASOCO, *La siniestralidad laboral como delito*, cit., pp. 37 y 38.
- [18M.](#) ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo* (26ª ed), Civitas, Madrid, 2009, p. 345.
- [19M.](#) L. MARTÍN HERMANDEZ, *El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo*, CES, Madrid, 2006, p. 201.
- [20J.](#) APARICIO TOVAR, «Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº, 49, p. 723.
- [21Cfr.](#) J. M. TERRADILLOS BASOCO y M. ACALE SÁNCHEZ, *La siniestralidad laboral. Incidencia de las variables «genero» «inmigración» «edad»*, Bomarzo, 2009.
- [22SSTJUE](#) 4 de octubre de 2001 (c-265) y 27 de febrero de 2003 (C 53) y STC 92/2008, de 21 de julio.
- [23M.](#) PURCALLA BONILLA, «El empleador y su deber de prevención (II): Obligaciones específicas (colectivos especialmente sensibles)», en vol. A. GARRIGUES (Ed.), *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales* (GARRIGUES, A. ed.), Bomarzo, Albacete, 2009, p. 228.
- [24B.](#) VALDÉS DE LA VEGA, «Occupational Health and Safety: A EU Law Perspective», en vol. E. ALES (ed), *Health and Safety at Work. European and Comparative Perspective*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2013, p. 20.
- [25A.](#) GARRIGUES, «El empleador y su deber de prevención (III). Obligaciones instrumentales: Servicios de prevención y otras modalidades de organización técnico-preventiva», en vol. GARRIGUES, A. (Ed.), *Derecho de la prevención. cit.*, p. 279.
- [26A.](#) GARRIGUES, «El combinado Ley ómnibus-RD 337/2010: Un paso adelante (*ma non troppo*) para la racionalización de las modalidades de organización técnico-preventiva y la integración de la prevención en la gestión empresarial», *Revista de Derecho Social*, nº 50, 2010, p. 93.
- [27M.](#) F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «El empresario como parte del contrato de trabajo: Una aproximación preliminar», en vol. M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ (ed.) *El empresario, contrato de trabajo y colaboración entre empresas*, Madrid, Trotta, 204, p. 45.
- [28M.](#) MIÑARRO YANINI, «Prevención de riesgos laborales en los supuestos de coordinación de actividades empresariales», en vol. A. GARRIGUES (ed.), *Derecho de la prevención. cit.*, p. 340.
- [29J.](#) APARICIO TOVAR, «Los sujetos obligados a garantizar un medio de trabajo seguro y saludable. Especial referencia a la cooperación entre empresarios», en vol. J. M. TERRADILLOS, y M. ACALE SÁNCHEZ, (eds.). *Estudios jurídicos sobre siniestralidad laboral*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2006, p. 35.
- [30S.](#) OLARTE ENCABO, *Prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos*, Comares, Granada, 2009, p. 63.
- [31J.](#) APARICIO TOVAR, «Occupational Health and Safety in Spain: A Formidable Array of Employers' Liabilities», en vol. E. ALES, *Health and Safety at Work...*, cit., p. 263.
- [32](#) Hay una corriente doctrinal mayoritaria que comparte este punto de vista, Cfr. por todos F. NAVARRO NIETO, *Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales*,

Bomarzo, Albacete, 2005, pp. 45 y ss.

[33](#)M. OLMO GASCÓN, *Los derechos laborales del trabajo en contratas*, Comares, Granada, 2002, p. 439.

[34](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Delitos contra la vida y la seguridad en el trabajo: Autoría y participación (análisis de supuestos)», *Revista de Derecho Social*, nº 42 (2008), p. 87.

[35](#)M. MIÑARRO YANINI, «La prevención de riesgos...», *cit.* p. 357.

[36](#)J. M. TERRADILLOS, «Delitos contra la vida y seguridad en el trabajo: Autoría y participación...», *cit.* p. 85.

[37](#)Es lo coherente con la doctrina penal democrática y garantista de la que TERRADILLOS es un claro exponente. Un ejemplo de su compromiso con esa doctrina aparece en el precioso artículo «El crimen en la pintura. La extracción de la piedra de la locura: El Bosco», en vol. *Arte y Crimen. Fascinación y Derecho*, Servicio de publicaciones de la Diputación de Cádiz, 2007, p. 55, en el que resalta el pesimismo regresivo y medievalizante del Bosco ante las nuevas ideas que trae el Renacimiento, en el que leemos: «Caracterizado el loco como "el otro" --dado su comportamiento errático e imprevisible a los ojos del cuerdo-- pero también como "enemigo" --una vez aceptado el origen demoníaco de todas las manifestaciones del mal-- se impone su neutralización. No por sus hechos, sino por su condición».

[38](#)Ediciones Akal, Madrid, 1ª edición, 1990. 1ª reimpresión en 1991 en editorial Trotta, con prólogo de Aurelio DESDENTADO BONETE.

[39](#)*Manual de derecho penal del trabajo*, editorial Praxis, S.A., Wolters Kluwer, Barcelona, 1988.

[40](#)Recuérdese con anterioridad, las obras de PÉREZ LEÑERO, *Derecho Penal del Trabajo español*, A.D.P.C.P., 1949 y de GARCÍA ABELLÁN, *Derecho penal del Trabajo*, Madrid, 1955. También, que la reforma del CP de 15 noviembre 1971, en la que se introdujo por primera vez el capítulo VIII titulado «De los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo» dentro del Título XII De los delitos contra la libertad y seguridad, con la incorporación del art. 499 bis, se produjo en un contexto social de conflictividad laboral frente a prácticas empresariales ilegales, en especial, en Granada (verano 1970) y que había motivado la intervención de la Fiscalía solicitando el castigo de las conductas empresariales atentatorias contra los derechos de los trabajadores. *Cfr.* Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1968, p. 239 y de 1971, pp. 269 y ss. En aquella época ocupaba la Jefatura del MF, Fernando HERRERO TEJEDOR. Véase mi libro *La Fiscalía desde sus élites (1883-2011)* Autoedición electrónica, 2011, Amazon.

[41](#)Véase mi temprano estudio, «La defensa constitucional del interés social», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1266, 15 febrero 1982, pp. 3 a 9.

[42](#)Con independencia de antecedentes legislativos y normas concordantes, hay que recordar que el Libro II del vigente CP/1995, tras la última reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, dedica al Derecho penal del trabajo el Título XV «Delitos contra los derechos de los trabajadores», arts. 311 a 318 y el del Título XIV «Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», 307 a 307 ter, 308 bis y 310 bis, en lo referente de los delitos contra la Seguridad Social.

[43](#)Con el que también me unen varios campos jurídicos de investigación común, v.gr. entre otros, la delincuencia económica y los delitos societarios. Véanse sus estudios *Delitos societarios: el derecho penal de las sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*, Akal, 1987; *Derecho penal de la empresa*, editorial Trotta, Madrid, 1995; «Delitos societarios. Cuestiones generales», publicado en *El nuevo Código Penal y la Ley del Jurado: actas del Congreso de Derecho Penal y Procesal*, Sevilla, 11 al 15 noviembre 1996, 1988, pp. 185-192; «Delitos contra el orden socioeconómico: los nuevos delitos societarios», en *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, celebradas del 19 al 21 noviembre 1996, coordinadas por Adela Asua Batarrita, 1988, pp. 195-2000;

«Delitos societarios y grupos de empresas», en *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, coordinado por Luis Collado García y Antonio Baylos Grau, 1994, pp. 73-86, y mi libro con SEQUEROS SAZATORNIL, F. *Delitos societarios y conductas afines: la responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*, La Ley-Wolters Kluwer, 4ª edición, 2017, 1521 pp. También, en estudios no estrictamente jurídicos sino vinculados al mundo del Arte y la Pintura, véanse sus trabajos: «El crimen en la pintura. La extracción de la piedra de la locura: el Bosco», en Ruiz Fernández, M. J. y Ruiz Rodríguez, L. (dir.) *Arte y Crimen. Fascinación y Derecho*, ed. Diputación de Cádiz, Cádiz, 2007, pp. 47 a 60; «Pinceles en el burdel», en Ruiz Fernández, M. J. y Ruiz Rodríguez, L. (dir.) *Arte y Crimen. Amores, pasiones, creación, destrucción*, ed. Diputación de Cádiz, Cádiz, 2008, pp. 11 a 24, y mi estudio «La mirada justa. Esbozo de un ensayo sobre pintura y justicia en el Museo del Prado *in memoriam* del magistrado Rafael Manzana Laguarda» en el libro *La lucha por la Justicia y el Derecho en el siglo XXI. In memoriam del magistrado Rafael Salvador Manzana Laguarda*, coordinado por mi y por GÓMEZ COLOMER, J. L., editorial Sepín, Madrid, 2017, pp. 227 a 272.

[44](#)Véase la excelente y monumental obra dirigida por GARCÍA NINET, José Ignacio, *El impacto de la gran crisis mundial sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Su incidencia en España, Europa y Brasil, 2008-2014*, Atelier, Obra Social «La Caixa» y Universitat de Barcelona, Barcelona, 2014, 1031 pp. También en la página web de la Unión Progresista de Fiscales, el comentario de Antonio BAYLOS titulado «Reflexión tras un año de reforma laboral», fechado el 12 marzo 2014, que incide en la misma idea del desmantelamiento del Derecho del Trabajo tras las últimas reformas laborales comenzadas en el año 2010 y llevadas a cabo por la Ley 3/2012, de 6 julio y el RD de 3 agosto 2013.

[45](#)Que el Derecho del Trabajo tiene de compañero de viaje histórico a la crisis económica ya fue recordado en 1984 por PALOMEQUE en una comunicación al Congreso de Derecho del Trabajo de Foz de Iguazú, el cual para la crisis de los 70 negaba que se estuviera en condiciones de «enterrar alegre y definitivamente cuantos postulados han acompañado al Derecho del Trabajo en buena parte de su recorrido histórico (p. 15) y destacaba el carácter ideológico de sus consecuencias, descartando el fácil recurso de utilizar el concepto de la crisis económica en calidad de concepto mágico como campana protectora de casi todo» (pp. 15-16).

[46](#)Revista *Tribuna Social*, nº 46, octubre 1994.

[47](#)Véase nuestro estudio «Los delitos contra la Seguridad Social: entre la corrupción pública y la privada. Algunas claves frente al tsunami de la crisis económica y las quiebras del principio de igualdad», en la *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 38, 2014.

[48](#)Revista *Tribuna Social* nº 24, diciembre 1992.

[49](#)El profesor TERRADILLOS en su artículo «De la huelga como derecho al piquete como delito. A propósito de la sentencia sobre el caso "Los 8 de Airbus"», en *Revista de Derecho Social*, editorial Bomarzo, 2016, núm. 73, pp. 217 a 240, concluye: «La defensa del derecho a la extensión de la huelga debe, pues, tener presente la necesidad de que todos los operadores jurídicos adecúen sus protocolos de actuación a la legalidad democrática propia del Estado Social de Derecho, que impone que el ejercicio de un derecho nunca pueda ser presupuesto de exigencia de responsabilidad criminal (con cita de la STC 104/2011, de 11 junio, FJ 9º), y obliga a rehuir de la tentación de derogaciones improvisadas, que, al relajar los perfiles de los tipos penales aplicables, obstaculicen esa adecuación. Doctrina y jurisprudencia, especialmente la del TC, han venido aportando argumentos jurídicos para entender que los excesos coactivos de los piquetes de extensión de la huelga deberían configurarse como un delito atenuado de coacciones específicas, cuya tipificación debe quedar limitada, en atención a su escenario conflictivo, a las formas más graves que incorporen violencia hacia las personas, y cuyo marco penal debe evitar el recurso a la prisión, dado que se trata de manifestaciones, bien que excesivas, del ejercicio de un derecho fundamental --lo que minimiza el desvalor del juicio de antijuricidad--, frente al que el sistema penal debe constituirse en instrumento de protección y no en intimidación disuasoria».

[50](#)Véanse los monográficos de la revista *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, titulados «Crisis económica: Diagnósticos y Pronósticos, I» nº 28 abril 2012 y II, nº 29 mayo 2012. En este último, los estudios de DE LA VILLA, L. E., PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y MERCADER UGUINA, J. sobre la reforma laboral, pp. 4-37. También, en relación con España, COLINO, CESAR y COTARELO, R. (Compiladores), *España en crisis. Balance de la segunda legislatura de Rodríguez Zapatero*, Tirant Humanidades, Valencia, 2012, y SÁNCHEZ-CUENCA, I. *Años de cambios, años de crisis. Ocho años de gobiernos socialistas, 2004-2011*. Los libros de la Catarata y Fundación Alternativas, Madrid, 2012. Desde el punto de vista comparativo, ELOÍSA DEL PINO y M^o JOSEFA RUBIO LARA (Editoras), *Los Estados del Bienestar en la encrucijada. Políticas sociales en perspectiva comparada*. Ed. Tecnos, Madrid, 2013. Para un análisis de economía política, Gómez Serrano, P. J (Coor.), *Economía política de la crisis*, Editorial Complutense, Madrid, 2011 y Monográfico de la revista *Sistema* 225 y 226, mayo 2012, titulado *Economía de las políticas públicas*, con estudios de KLINDT, M. P. y HALKJAER sobre la flexiseguridad y el modelo laboral danés y de FERNÁNDEZ-MACÍAS, E. sobre la política laboral española. Monereo Pérez, JL y Sánchez Montoya, JE (Dirs.) *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, editorial Comares, 2010.

[51](#)No quisiera cansar al lector con eruditas citas. Sobre todo, por seguir el consejo de CERVANTES SAAVEDRA, Miguel, el cual en su universal obra, tan citada como poco leída, algo así como la Biblia, *El Ingenioso Hidalgo Don Qvixote de la Mancha*, Madrid, 1605 (consulto la edición del Instituto Cervantes (1605-2005), dirigida por Francisco RICO con la colaboración de Joaquín FORRADELLAS y Estudio Preliminar de Fernando LÁZARO CARRETER, Galaxia Gutenberg, Círculo de Lectores) en su Prólogo dirigido al «desocupado lector», le decía «(...) De todo esto ha de carecer mi libro, porque ni tengo qué acotar en el margen, ni qué anotar en el fin, ni menos sé qué autores sigo en él, para ponerlos al principio, como hacen todos, por las letras del abecé, comenzando por Aristóteles y acabando por Xenofonte y en Zoílo o Zuxis, aunque fue maledicente el uno y pintor el otro. También ha de carecer mi libro de sonetos al principio, a lo menos de sonetos cuyos autores sean duques, marqueses, condes, obispos, damas o poetas celebérrimos; aunque si yo los pidiese a dos o tres oficiales amigos, yo sé que me los darían y tales, que no les igualasen los de aquellos que tienen más nombre en nuestra España. En fin, señor u amigo mío --proseguí-- yo determino que el señor don Quijote se quede sepultado en sus archivos en la Mancha, hasta que el cielo depare quien le adorne de tantas cosas como le faltan, porque yo me hallo incapaz de remediarlas, por mi insuficiencia y pocas letras, y porque naturalmente, soy poltrón y perezoso de andarme buscando autores que digan lo que yo me sé decir sin ellos (...)». No obstante, comprenderá el lector que cito en cuanto a los clásicos a los más queridos y en cuanto a los otros, los de actualidad. Ver FÉLIZ TENAZOS, José, SOTOMAYOR, Eva, SÁNCHEZ MORALES, Rosario y DÍAZ, Verónica, *En los bordes de la pobreza. Las familias vulnerables en contextos de crisis*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2013, 231 pp. Belzunegui, Ángel (Coord.), *Socialización de la pobreza en España. Género, edad y trabajo en los riesgos frente a la pobreza*. Icaria, Antrazyt, Barcelona, 2012.

[52](#)Véase nuestro estudio «Crisis económica y derecho penal económico: una interpretación», revista *SISTEMA* nº 246, abril 2017, pp. 57-80. Sabemos que no descubrimos nada nuevo y que hoy día los análisis científicos de los fenómenos sociales apuntan a las causas estructurales más que a las coyunturales, siguiendo la estela de los grandes pensadores del siglo XIX, afortunadamente en este siglo XXI ya no tan demonizados como lo fueron en el siglo XX (vgr. Carlos MARX y sus teorías sobre el materialismo dialéctico y el materialismo histórico, véase su obra maestra *El Capital. Crítica de la Economía Política*, Tomos I (1867), Tomo II (1885) y Tomo III (1894), estos dos últimos en base a los manuscritos de MARX por Friedrich ENGELS, Fondo de Cultura Económica. México, 1^a edición en español 1946. Traducción de W. R. En clave divulgativa de esta obra, véase HARNECKER, Marta, *El capital: conceptos fundamentales* y en la misma obra su traducción de la obra de LAPIDUS Y OSTROVITIANOV, *Manual de economía política*, Siglo XXI de España, editores, 1^a edición, 1974.

[53](#)Ver VILLA GIL, LE, «La peripecia de la reforma laboral», revista *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 16 noviembre 2010, pp. 20 y ss., «Las reformas laborales de los Gobiernos de José Luis Rodríguez Zapatero de 2004 a 2011», *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, nº 34, julio 2013, Iustel. También, LASA LÓPEZ, Ainhoa, «El ocaso

de la normativa garantista del trabajo: la reforma laboral de 2021», *Sistema* 230, abril 2013, pp. 75-94, quien sostiene acertadamente que «Los procesos reformadores del mercado de trabajo deben analizarse desde una perspectiva vinculada a las transformaciones incorporadas por el nuevo constitucionalismo del mercado y su modelo económico, como presupuestos determinantes de la configuración de un nuevo derecho del trabajo funcional al mercado e instrumental a la acumulación de capital. En este sentido, la Ley 3/2012 no representa una mera respuesta normativa a la crisis económica y financiera internacional, sino que se sitúa en la estela de las reformas que se han acometido desde los años ochenta con la finalidad de adecuar los presupuestos de la normativa laboral a los parámetros del nuevo modelo emergente que se define por contraste y ruptura con los contenidos fundamentales del Estado social».

[54](#) Son abundantes los testimonios escritos de eminentes iuslaboralistas en este sentido, v.gr. DE LA VILLA GIL, L. E. y GARCÍA NINET, JI. El primero titulaba un trabajo suyo sobre la reforma laboral de 2012 del siguiente modo: «El Derecho del Trabajo, ¿ha muerto o vive todavía?», revista *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 29 mayo 2012. GARCÍA NINET, I., con gran acierto y valentía, se ha pronunciado en innumerables ocasiones contra la injusticia del sistema de reformas que desnaturaliza nuestro Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, así pueden consultarse sus prólogos a las obras de su dirección, en la mejor tradición de los maestros que avalan los estudios (véase el prólogo de GARCÍA DE ENTERRÍA a la obra de VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, editorial Taurus, 1963), como el *Manual de Prevención de Riesgos Laborales*, Barcelona, editorial Atelier, 2012, pp. 23-26 o *Manual de Derecho del Trabajo*, 7ª edición, editorial Thomson Reuters/Aranzadi, 2012, pp. 46 y 47; también, muy incisivo en el comentario titulado «¿Nuestro derecho a la vida estará en función a lo cotizado?», en página web de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AEES) y en sus «Notas sobre el nacimiento, desarrollo y extinción del Mutualismo laboral» en el libro *Cien años de protección social en España*, editado por el Ministerio de Trabajo, 2007, pp. 243-302. En el ámbito de la Seguridad Social, ya VIDA SORIA, J, su Discurso de apertura del curso académico 2001-2002 en la Universidad de Granada lo tituló gráficamente «¿Qué fue eso de la Seguridad Social?».

[55](#) Ver en el Código Penal vigente, tras la última reforma realizada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 diciembre, arts. 307, 307 bis y 307 ter (delitos contra la Seguridad Social) y 311-318 (De los delitos contra los derechos de los trabajadores). Entre la amplia bibliografía sobre estos delitos, si bien no en relación con los delitos contra la Seguridad Social, ver la Tesis doctoral de RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea, *El delito contra la seguridad y la salud en el trabajo. Análisis dogmático de los artículos 316 y 317 del Código Penal*, editorial Iustel, 2007 y abundante bibliografía allí citada.

[56](#) BOE nº 312, de 28 diciembre.

[57](#) Sobre la corrupción privada, véase SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, M. J, *Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*, editorial La Ley, 4ª edición, 2017. En cuanto a la pública, DOLZ LAGO, M. J., *El delito de tráfico de influencias ante la lucha contra la corrupción política en España (Una visión jurisprudencial crítica)*, editorial La Ley, 2014. La Fiscalía General del Estado, en su última Memoria 2013, dedica sendos apartados a los fenómenos de corrupción pública y privada en el epígrafe «Corrupción social, política y económica» del Capítulo V titulado Algunas cuestiones de interés con tratamiento específico, pp. 648 a 665. Puede consultarse esta Memoria FGE en la página fiscal.es, pestaña documentos. Es indicativo la relación de los delitos contra la Seguridad Social como delitos de corrupción en cuanto el art. 19.4 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, de 30 diciembre, según redacción dada por la Ley 24/2007, de 9 octubre) para delimitar las competencias de la Fiscalía contra la Corrupción y Criminalidad Organizada, creada por Ley 10/1995, de 24 abril, bajo la denominación «Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción», incluye a estos delitos que afectan al patrimonio de la Seguridad Social, tanto en su faceta de ingreso (recaudación) como de gasto (prestaciones).

[58](#) Una referencia al mismo, en DOLZ LAGO, M. J., «El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo: perspectiva interdisciplinar», *Revista General de Derecho* nº 579, Valencia, diciembre 1992, con cita de las primeras obras sobre esta materia de PÉREZ LEÑERO, *Derecho Penal del Trabajo*

español, A.D.P.C.P., 1949 y de GARCÍA ABELLÁN, *Derecho penal del Trabajo*, Madrid, 1955, a las que siguió años después ARROYO ZAPATERO, *Manual del Derecho penal del Trabajo*, editorial Praxis, S.A., Barcelona-Madrid, 1988, y BAYLOS, A. y TERRADILLOS, J. *Derecho Penal del Trabajo*, editorial Akal, 1990, expresando estos últimos con ROMAGNOLI «el carácter ideológico del sistema penal del trabajo que encubre una separación absoluta entre las conductas que castiga y una realidad que las reproduce cotidianamente en la impunidad».

[59](#) Obsérvese que si el art. 311.1º CP castiga a los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones generales, convenios colectivos o contrato individual, desde el momento que se vacían estos derechos en las fuentes normativas, el tipo penal queda también vacío de contenido.

[60](#) Entre otros, MENA ÁLVAREZ, JM, en «Virtualidad práctica del art. 348 bis a)», publicado en el libro colectivo *Protección penal de los derechos de los Trabajadores*, Jueces para la Democracia y Universidad de Santiago de Compostela, 1985, quien recogiendo unas reflexiones de HASSEMER sobre el carácter simbólico del Derecho Penal, calificaba los preceptos penales de protección del trabajo como preceptos «*ad exhibendum*», indicando que «*la verdadera incidencia de estos preceptos es la de la neutralización de la dinámica social que deriva del juicio de reproche social de los sectores huérfanos de incidencia en la producción legislativa, por eso (estos) tipos penales (calificados ad exhibendum) florecen en los cuerpos legales autoritarios, siempre portadores de preceptos accesorios paternalistas, "compensadores" de la indefensión forzosa que imponen a la dinámica social (...)*», añadiendo este autor, que «*los tipos penales que, sin otro objetivo jurídico ni misión político-criminal, quedan reducidos a ser portadores de una función ad exhibendum, pretenden tan solo, o alcanzan tan sólo, el objetivo de disuasión, para las eventuales futuras víctimas, y no para los autores*» (...) «*Por ello, podemos llamar a estos tipos, peyorativamente, ad exhibendum, por cuanto constituyen una simple fórmula de presentación y cobertura que permitirá la permanencia, impune en la práctica, de los comportamientos mismos que describen (...)*».

[61](#) Recuérdese que el art. 6.6 del RDLRT 17/1977 prevé que los trabajadores «*podrán efectuar publicidad de la huelga, en forma pacífica, y llevar a efecto recogida de fondos sin coacción alguna*». Ello implica, como recuerdan GARCÍA VIÑA, J. y BARCELÓ FERNÁNDEZ, J., el derecho a «difundir y a hacer publicidad de la misma» (STC 332/1994, de 19 diciembre (LA LEY 13088/1994) (FJ 6.º); «proyección exterior de la misma» (STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 11.º); «el derecho a requerir de otros la adhesión a la huelga y a participar, dentro del marco legal en acciones conjuntas dirigidas a tal fin» (STC 254/1988, de 21 diciembre (LA LEY 2638/1988) (FJ 5.º); o «recabar la solidaridad de terceros» (STC 123/1983, de 16 diciembre (LA LEY 43223-NS/0000) (FJ 4.º). Ahora bien, en cualquier caso se ha de tratar de una publicidad pacífica --tal como exige la norma--, sin que en modo alguno pueda incurrirse en coacciones, intimidaciones, amenazas ni actos de violencia de ninguna clase (STC 137/1997, de 21 julio (LA LEY 9285/1997) (FJ 3.º), y respetándose la libertad de los trabajadores que optan por no ejercer el derecho de huelga (STC 2/1982, de 29 enero (LA LEY 16/1982) (FJ 5.º) y ATC 158/1994, de 9 mayo (FJ 3.º), libertad que les reconoce expresamente el art. 6.4 RDL 17/1977 (LA LEY 382/1977). La responsabilidad civil de los sindicatos por los daños ocasionados durante la huelga, *Actualidad Laboral* nº 9, Sección Estudios, septiembre 2013, editorial La Ley.

[62](#) *Diario la Ley* nº 4805, de 23 octubre 2014.

[63](#) En la ya citada obra *Derecho penal del trabajo* (consulto la 1ª reimpresión, Trotta 1991, pp. 35 y ss. en donde se cita a la doctrina italiana (Romagnoli y Garofalo). En especial, cuando se indica: «(...) hemos de preguntarnos con Garofalo sobre las razones en cuya virtud el Derecho penal del trabajo no ha funcionado nunca». Las respuestas que esboza él mismo son de dos órdenes. En un primer grupo habría que referirse a razones que son comunes a toda delincuencia de cuello blanco (...) Pero existen también otras, específicas del marco laboral y que ordinariamente o se dejan de lado o se subestiman. Se trata, en palabras del citado autor, de la «contradicción entre la técnica de formulación de los tipos penales y la técnica idónea para el control de posiciones de poder privado, que se quiere reglamentar pero sin negarlas». Y cuando no se quiere negar ese poder del empresario, sino que se quiere,

simplemente reglamentarlo, nos encontramos con que el titular de la posición de poder social que se quiere reglamentar, justamente porque es titular de un poder eficaz por definición, «podrá encontrar siempre un medio, un tipo de comportamiento que, sin realizar formalmente el tipo abstracto, produzca sustancialmente el resultado que el legislador quería prohibir». También, véase con el profesor BAYLOS, «Significado y función del Derecho penal del trabajo», *Relaciones Laborales*, Sección Doctrina, 1990, p. 164, tomo 2, editorial La Ley, con la siguiente cita de Romagnoli, «El Derecho penal del trabajo es una parcela de nuestro ordenamiento que no agrada a ninguna categoría de estudios. Lo que, si no me equivoco, está motivado también por la conciencia más o menos lúcida de que se trata de una parcela en la que encuentra hospitalidad la mala conciencia del ordenamiento, mala por ser falsa y falsa porque asume la separación entre norma escrita y realidad fáctica como un dato permanente con raíces estructurales».

[64](#)Véase mi estudio «Los delitos contra la Seguridad Social: perspectivas jurisprudenciales» en *Estudios sobre Seguridad Social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, editorial Atelier, libros jurídicos, Barcelona, 2017. Pp. 983 a 1010.

[65](#)Muñoz Segura, «Derecho penal del trabajo entre la subsidiariedad y la independencia», pp. 23 a 27, en Muñoz Segura/Posada Maya (coords.), *Derecho penal del trabajo, una mirada de doble vía*, Bogotá, Ibáñez/U. de los Andes, 2017.

[66](#)No obstante lo cual, informes de organizaciones internacionales han calificado a Colombia como el país más peligroso del mundo para el ejercicio de la actividad sindical. En 2017, un año en que se esperaba menor conflictividad debido a la terminación de las negociaciones de paz con las FARC, el Ministerio de trabajo informa que hasta el mes de agosto 8 sindicalistas habían sido asesinados en el país:
www.mintrabajo.gov.co/web/guest/prensa/mintrabajo-es-noticia/2017/agosto/-asset_publisher/r4LJWQgl
las organizaciones sindicales informan de cifras muy superiores: #sdfootnote67anc" _mce_href="#sdfootnote67anc" name="sdfootnote67sym"67Posada Maya, «El derecho penal del trabajo en Colombia: un diagnóstico entre el principio de subsidiariedad y una regulación simbólica», pp. 41,42, en Muñoz Segura/Posada Maya (coords.), *Derecho penal del trabajo, una mirada de doble vía*, ed. Ibáñez, Bogotá, 2017.

Jaramillo Jaissir señala que la disponibilidad de la acción de tutela y no previsión de penas privativas de la libertad en las normas que en Colombia castigan los delitos contra la libertad de asociación (el texto es de 2011, aunque el autor alude a la Ley 1453 de ese año que modificó el tipo del art. 200 CP), «ha derivado en la falta de interés de los trabajadores y de la doctrina iuslaboralista para su protección.

En la práctica, las garantías administrativas..., cuentan con las mismas herramientas coercitivas, imposición de multas sucesivas cuando se desconocen estos mismos derechos», «Delitos contra la libertad de trabajo y asociación: un análisis iuslaboralista», en C. Castro (Coord.), *Manual de DP*, PE, T. I, Bogotá, Temis/U. del Rosario, 2011, p. 218.

[68](#)«...si se trata de un ordenamiento jurídico democrático, la calificación penal del bien jurídico nos indicará, en principio, que estamos ante una condición fundamental de la vida social en libertad, que el objeto de protección no era eficazmente protegible a través de medios de menos intensidad coactiva, y que su efectiva protección a través del Derecho Penal es posible sin vulneración de los elementales principios de legalidad, igualdad, culpabilidad, proporcionalidad y humanidad de las penas», J. A. Lascuraín, «Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal», en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22 Nro. 2, p. 257.

[69](#)Terradillos, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nro. 63, 1981.

[70](#)Lopera Mesa, «Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal», pp. 108, 109, en Mir/Queralt (coords.) *Constitución y principios del Derecho penal, Algunas bases constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

[71](#)Lopera Mesa, «Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal», pp. 111-117.

[72](#)En el ámbito de la protección de la seguridad y la salud en el trabajo, destaca Terradillos la pertinencia de la intervención penal, pese a la regulación del asunto por otros sectores, aunque con razones que distancian su planteamiento del que aquí se proponía como justificante de la disponibilidad de la acción penal por quienes tienen la calidad de víctimas de los hechos, que «La experiencia demuestra que lo resarcitorio o lo sancionatorio-administrativo no pueden alcanzar las consecuencias inhibitorias deseadas en un marco que, como toda delincuencia de cuello blanco, burla mediante compensaciones el carácter afflictivo de las sanciones pecuniarias», «La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud en el trabajo», *Temas laborales*, Nro. 50, 1999, p. 175.

[73](#)La situación descrita permite señalar que «parecen procedentes las tesis conciliadoras de los principios de lesividad y proporcionalidad, en las que proporcionalidad significa adecuación valorativa entre la entidad del bien jurídico afectado y la entidad del ataque, por un lado, y respuesta penal, por otro», «Los principios de lesividad y proporcionalidad como límites al poder punitivo», p. 135, en Terradillos, *Sistema penal y Estado de Derecho*, Lima, Ara Editores, 2010.

[74](#)TERRADILLOS, «Derecho penal del trabajo», en *Revista penal*, Nro. 1, p. 88.

[75](#)Ello le lleva a sostener que el bien jurídico en el delitos de violación a la libertad de trabajo es múltiple: la facultad personalísima de escoger profesión u oficio y de disponer de manera libre y digna sobre sus actividades productivas (p. 60); en el delito de sabotaje la facultad personalísima del titular de la empresa para disponer y mantener instrumentos y lugares que le permitan desarrollar la actividad productiva, el derecho colectivo a la estabilidad de las empresas y el patrimonio de los titulares de derechos patrimoniales sobre los equipos objeto material del delito (p. 70); en tanto que en el delito previsto en el art. 200 se protegerían las «libertades colectivo-individuales de orden constitucional relativas al trabajo» (p. 79), «El derecho penal del trabajo en Colombia».

[76](#)Si la obra del homenajeado es inmensa, y lo son también sus centros de interés, no lo es menos en este concreto ámbito. Su obra más reciente ha sido publicada hace escasas fechas: *El Derecho Penal aplicable a las relaciones laborales. Lecciones*, autores J. M. TERRADILLOS BASOCO y D. BOZA MARTÍNEZ, Albacete, Editorial BOMARZO, 2017.

[77](#)Vid. *Comentarios al Código Penal español. Tomo I (Artículos 1 a 233)*, Pamplona, ARANZADI, 2016, p. 736.

[78](#)Vid. VILLACAMPA ESTIARTE/SALAT PAISAL, *Comentarios al Código Penal español. Tomo I (Artículos 1 a 233)*, ob. cit., p. 736.

[79](#)Vid. *Comentarios al Código Penal español. Tomo I (Artículos 1 a 233)*, ob. cit., p. 738.

[80](#)Vid. *Comentarios al Código Penal español. Tomo I (Artículos 1 a 233)*, ob. cit., pp. 738-739.

[81](#)Vid. ARENAZA MEZA, M.: «La responsabilidad del Estado del Pabellón frente a la pesca ilegal, no declarada o no reglamentada», en José Manuel SÁNCHEZ PATRÓN, Valentín BOU FRANCHA, José Juste RUIZ (coords.), *Derecho del mar y sostenibilidad ambiental del Mediterráneo*, Valencia, 2014, Documento electrónico Base de datos Tirant lo Blanch (Tol 4129613).

[82](#)Vid. SOBRINO HEREDIA, J. M.: «Una nueva manifestación de delincuencia organizada transnacional: las actividades de pesca ilegal, no declarada y no reglamentada», en José Manuel SÁNCHEZ PATRÓN, Valentín BOU FRANCHA, José Juste RUIZ (coords.), *Derecho del mar y sostenibilidad ambiental en el Mediterráneo*, cit.

[83](#)Art. 1.2 del Reglamento 1380/2013: la PPC cubrirá las actividades contempladas en el apartado 1 cuando estas se lleven a cabo: a) en el territorio de los Estados Miembros a los que se aplica el

Tratado; o b) en aguas de la Unión Europea, incluso si las desarrollan buques pesqueros que enarbolan el pabellón de terceros países o estén registrados en ellos; c) por buques pesqueros de la Unión Europea fuera de las aguas de la Unión; o d) por nacionales de los Estados Miembros, sin perjuicio de la responsabilidad principal del Estado del pabellón.

[84](#)Vid. JORGE URBINA, J.: «La cooperación internacional en la aplicación de las medidas comerciales para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (REEI) núm. 33, 2017.

[85](#)A través del reabastecimiento regular de los buques y la descarga del pescado a través del transbordo, los buques pueden permanecer largas temporadas en el mar reteniendo a los trabajadores largos periodos de tiempo, meses e incluso años, sin vacaciones, con horarios de trabajo que conducen a la fatiga y a prácticas inseguras, con alimentación inadecuada y condiciones de vida precaria e insalubre.

[86](#)Obra de referencia consultada para la redacción del trabajo es CARBALLO PIÑEIRO, L.: *International Maritime Labour Law*, Springer, 2015.

[87](#)Algunas cuestiones de este trabajo también se abordan en QUINTERO OLIVARES G.: «Pesca Ilegal, en aguas internacionales y jurisdicción penal», en la *Revista Teoría y Derecho Revista de Pensamiento jurídico* 2/2017. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2017.

[88](#)Vid. FARALDO CABANA, C., «El nuevo delito de emplear a ciudadanos extranjeros o menores sin permiso de trabajo (art. 311 bis), en MATA LLÍN EVÁNGELIO, Á.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., GÓRRIZ ROYO, E., *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 975-982; POMARES CINTAS, E.: «La revisión de los delitos contra los derechos de los trabajadores según la reforma de 2015, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 633-642; TRAPERO BARREALES, M. A.; «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*, núm. 114, 2014, pp. 5-44.

[89](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Prostitución, exhibicionismo, pornografía en la mujer», en C. MONEREO ATIENZA / J. L. MONEREO PÉREZ (dirs. y coords.), *Género y Derechos Fundamentales*, Granada, Comares, 2010, pp. 257-258.

[90](#)Sobre la importancia de definir con claridad el concepto de prostitución adoptado, proponiendo como definición «la prestación voluntaria y negociada de servicios sexuales remunerados», que tomamos de referencia en el presente trabajo, M. L. MAQUEDA ABREU, *Prostitución, feminismos y derecho penal*, Granada, Comares, 2009, pp. 61 y ss.

[91](#)G. ATENCIO, «La cultura putera mata mujeres en España», en G. ATENCIO, *Feminicidio. El asesinato de mujeres por ser mujeres*, Madrid, Catarata, 2015, pp. 126 y ss.

[92](#)La Plataforma Impacto de Género Ya denunciaba en su informe de 2014 que las cifras para el Presupuesto de 2015 estaban condicionadas por el lastre de la deuda pública y estaban maquilladas por artificios como la elevación del PIB por incluir la prostitución: junto al tráfico de drogas suponen un aumento del PIB en el 0,85%, más de 9.000 millones de euros (#sdfootnote93anc" _mce_href="#sdfootnote93anc" name="sdfootnote93sym"93Son numerosos los informes que advierten sobre la relación entre trata de personas con fines de explotación sexual y la prostitución, aunque con notables diferencias en las cifras señaladas. Así, mientras el EUROPEAN WOMEN'S LOBBY señala que el 62% de la trata en la UE está relacionado con la explotación sexual (#sdfootnote94anc" _mce_href="#sdfootnote94anc" name="sdfootnote94sym"94En su informe de 2014 la Organización Mundial del Trabajo estimaba que las ganancias privadas del tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual son de 150.000 millones de dólares.

[95](#)E. HAVA GARCÍA, «Trata de personas, prostitución y políticas migratorias», *Estudios Penales y*

Criminológicos, 26 (2006), pp. 84 y ss. Sobre la relación entre la construcción de la identidad masculina en relación con la sexualidad y el consumo de prostitución, Á. GÓMEZ SUÁREZ / D. CASADO-NEIRA / S. PÉREZ FREIRE, «Consumo de prostitución y construcción de las masculinidades contemporáneas en España», *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*, 6 (2015), pp. 34-58.

⁹⁶Se calcula que en España ejercen la prostitución un número cercano a las 350.000 mujeres de las cuales el 80% son extranjeras en situación de migración irregular provenientes de Brasil, Colombia, Nigeria, Rumania, Rusia y Ucrania: UNODC, *Algunos datos relevantes sobre la Trata de Personas* (https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/sobre-unodc/Fact_Sheet_Dados_Trafico_de_Pessoas_geral)

⁹⁷Alude a un grupo nutrido de mujeres que llega a España con el propósito de ejercer la prostitución voluntariamente, para lo que contactan con organizaciones que les proporcionan el desplazamiento y la plaza en algún club y quienes encuentran especiales dificultades para encontrar otra opción laboral cuando deciden hacerlo, E. HAVA GARCÍA, «Trata de personas, prostitución y políticas migratorias», *cit.*, pp. 98 y ss.

⁹⁸Brevemente, C. I. GUILLÓ GIRARD, *La prostitución en la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, 2005, pp. 23 y ss. Una exposición detallada puede encontrarse en M. L. MAQUEDA ABREU, *Prostitución, feminismos y derecho penal*, *cit.*, pp. 6 y ss.

⁹⁹Describe el proceso de implantación del abolicionismo a nivel global, en el que Estados Unidos desempeña un rol clave, F. SOTELO, «La explotación económica de la sexualidad: sus problemas y cómo combatirlos. Una crítica luego de una década de políticas abolicionistas», en J. DI CORLETO, *Género y justicia penal*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2017, pp. 187 y ss. En esta línea apunta el Parlamento Europeo, tal como se evidencia en el «Informe sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género», aprobado por la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género del Parlamento Europeo, con indicaciones a los Estados Miembros para la implantación de un modelo abolicionista.

¹⁰⁰Esta es la opción que defendida desde la Asociación Nacional de Empresarios de Locales de Alternancia (ANELA), <https://www.presspeople.com/fuente/asociacion-nacional-empresarios-locales-alterne-anela>.

¹⁰¹En España destacan Hetaira --#sdfootnote102anc" _mce_href="#sdfootnote102anc" name="sdfootnote102sym"102Una exposición crítica de la evolución del discurso sobre la prostitución en el seno del feminismo, M. L. MAQUEDA ABREU, «La prostitución: el "pecado" de las mujeres», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (CEFD)*, 35 (2017), pp. 75 y ss., *pássim*.

¹⁰³Prueba de esta negación es que la LO 1/2004, de Protección Integral contra la Violencia de Género no incluya los malos tratos y el asesinato de prostitutas dentro del concepto de violencia de género, que permanecen una vez más invisibles para la sociedad. Por todos, B. GIMENO, «El feminicidio por prostitución. El feminicidio invisible», en: G. ATENCIO, *Feminicidio. El asesinato de mujeres por ser mujeres*, Madrid, Catarata, 2015, pp. 109 y ss.

¹⁰⁴Como afirma GIMENO, hasta hace relativamente poco tiempo el abolicionismo feminista no admitía el hecho de muchas mujeres escogen dedicarse a la prostitución frente a otras alternativas iguales o peores. Sin embargo, resulta difícil de entender la focalización de ese cuestionamiento en el consentimiento para prostituirse y no en el dado para otros muchos trabajos mal pagados, desagradables y peligrosos, B. GIMENO, «El feminicidio por prostitución. El feminicidio invisible», *cit.*, pp. 107 y ss.

¹⁰⁵En esta línea, aunque sin ahondar demasiado en discursos éticos, legales y feministas, Á. GÓMEZ SUÁREZ / S. PÉREZ FREIRE / R. M. VERDUGO MATÉS, *El putero español. Quiénes son y qué buscan los clientes de prostitución*, Madrid, Catarata, 2015. Propone interpretar la prostitución como un escenario de representación de la masculinidad hegemónica, B. RANEA

TRIVIÑO, «Analizando la demanda: relación entre masculinidad hegemónica y prostitución femenina», *Investigaciones Feministas*, 7, (2016), pp. 325 y ss.

[106](#)En este sentido, resulta interesante analizar la evolución de la demanda de prostitución antes y después de la «liberalización sexual» de la mujer y la incorporación del derecho a disfrutar de su vida sexual, B. GIMENO, «El feminicidio por prostitución. El feminicidio invisible», *cit.*, pp. 100 y ss.

[107](#)RED GLOBAL DE PROYECTOS DE TRABAJO SEXUAL, *Trabajo Sexual como Trabajo. Documento de Política*, 2017 (https://es.scribd.com/document/362615993/Trabajo-Sexual-Como-Trabajo-Nswp-2017#from_embed).

[108](#)Sobre la necesidad de revisar la presencia de estos estereotipos en la jurisprudencia, M. L. MAQUEDA ABREU, *Razones y sinrazones para una criminología feminista*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 163 y ss.

[109](#)Señala que generalmente los pisos son regentados en su mayoría por mujeres --las *madames*-- , I. BURGOS PARRA, *Investigación sobre prostitución y trata de mujeres*, Madrid, Asociación de Promoción de Servicios Sociales, 2013, p. 106. En un sentido similar, C. I. GUILLÓ GIRARD, *La prostitución en la Comunidad Autónoma de Andalucía*, *cit.*, pp. 53 y ss.

[110](#)Un análisis jurisprudencial puede encontrarse en M. L. MAQUEDA ABREU, *Razones y sinrazones para una criminología feminista*, *cit.*, pp. 208 y ss.

[111](#)Se sigue aquí la denominación propuesta en M. L. MAQUEDA ABREU, «El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015», *Cuadernos de Política Criminal*, 118 (2016), p. 33.

[112](#)Vid. E. HAVA GARCÍA, «Trata de personas, prostitución y políticas migratorias», *cit.*, p. 101.

[113](#)A través de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE núm. 234 de septiembre de 2003).

[114](#)Con anterioridad a esta reforma se afirmaba la atipicidad del «rufianismo» y de las «tercerías locativas», C. DÍAZ MORGADO, «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en M. CORCOY BIDASOLO / S. MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 699.

[115](#)Crítico al respecto, J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Prostitución, exhibicionismo, pornografía en la mujer», *cit.*, p. 266.

[116](#)Un análisis detallado de esta reforma desde una perspectiva de género, en M. L. MAQUEDA ABREU, «El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015», *cit.*, pp. 36 y ss.

[117](#)Señalada ya por E. HAVA GARCÍA, «Trata de personas, prostitución y políticas migratorias», *cit.*, pp. 114 y ss.

[118](#)Las referencias a la tabla en el texto se realizarán con numeración señalada entre paréntesis --por ejemplo (1)--, de cara a facilitar un análisis conjunto.

[119](#)Afirma de forma acrítica que la apreciación de esta modalidad se produce cuando la persona que realiza el trabajo sexual es migrante y se encuentra en situación de irregularidad, y que los casos de abuso de situación de necesidad se dan en supuestos de retirada de pasaporte y documentación hasta que se salda la deuda contraída, C. DÍAZ MORGADO, «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», *cit.*, p. 699.

[120](#)Deberá representar una fuente de ingresos de importancia para el sujeto activo, que habrá de ser periódico. No obstante, la cantidad concreta tendrá que ser valorada en términos relativos, atendiendo a lo que supone para la persona prostituida. E. ORTS BERENGUER, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (y III): Exhibicionismo y provocación sexual. Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores», en J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 246.

[121](#)Interpretado en sentido contrario, la mención expresa del consentimiento de la persona que ejerce la prostitución supone reconocerle indirectamente efectos jurídicos allí donde no concurren ninguno de los supuestos sobre los que se construye la explotación --vulnerabilidad y condiciones laborales perjudiciales--. Sobre la relevancia de este elemento del tipo en el «Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños», A. IGLESIAS SKULJ, *La trata de mujeres con fines de explotación sexual*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2013, p. 99.

[122](#)No se trata de beneficiarse del trabajo sexual de otra persona, consintiéndolo esta última, pues esto no comporta la lesión de ningún bien jurídico. Vid. STS 15-2-2010, citada por E. ORTS BERENGUER, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (y III): Exhibicionismo y provocación sexual. Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores», *cit.*, p. 246. En el mismo sentido, C. DÍAZ MORGADO, «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», *cit.*, p. 700, quien cita la STJCE 20-11-01 (C-268/99, «Aldona Malgorzata Jany y otras c. Staatssecretaris van Justitie») en que se acepta la prostitución como actividad económica en el sentido de los tratados fundacionales, siempre que concurren una serie de condiciones en quien presta el servicio.

[123](#)Señala la conexión con el delito de imposición de condiciones de trabajo que restringen derechos laborales, optando por calificarlo como un concurso de normas con el artículo 311, en consonancia con las SSTs 17-3-2005 y 19-6-2012, E. ORTS BERENGUER, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (y III): Exhibicionismo y provocación sexual. Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores», *cit.*, pp. 245 y 248.

[124](#)El bien jurídico protegido son los derechos indisponibles que se derivan de la relación laboral, de manera que los medios típicos --engaño y abuso de necesidad-- no pueden determinar ningún recorte en los derechos de los trabajadores, que son irrenunciables, pero sí pueden lograr que el trabajo en concreto se lleve a cabo en peores condiciones que las que esos derechos definen, J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en J. M. Terradillos Basoco (coord), *Derecho penal. Parte especial (Derecho Penal Económico)*, 2ª ed., Madrid, Iustel, 2016, pp. 273 y ss.

[125](#)Considera que constituye un tipo autónomo, en la medida en que en este supuesto no es necesario que concorra el engaño ni el abuso de la situación de necesidad, C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 533.

[126](#)Detalladamente, M. L. MAQUEDA, «El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015», *cit.*, pp. 39-40.

[127](#)Sobre la preocupación existente en la doctrina penal y criminológica respecto de las víctimas de cualquier tipo de explotación y, en especial, las sometidas a esclavitud sexual, M. L. MAQUEDA, «El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015», *cit.*, pp. 40 y ss.

[128](#)Advierten del riesgo de generar un margen de «ilegalidad» en el accionar de las fuerzas de seguridad, REDTRASEX, *8 razones para evitar la confusión entre trata de personas, explotación laboral y trabajo sexual*, 2014, p. 6. En el mismo sentido, F. SOTELO, «La explotación económica de la sexualidad: sus problemas y cómo combatirlos. Una crítica luego de una década de políticas abolicionistas», *cit.*, p. 201.

[129](#)B. GIMENO, «El feminicidio por prostitución. El feminicidio invisible», *cit.*, pp. 107 y ss. Ironiza al respecto, V. DESPENTES, *Teoría King Kong*, p. 74.

[130](#)En este sentido ya, M. L. MAQUEDA ABREU, *Prostitución, feminismos y derecho penal*, *cit.*, pp. 118 y ss.

[131](#)Advierte de las inexactitudes que contiene esta afirmación, M. L. MAQUEDA ABREU, «El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015», *cit.*, pp. 38 y ss.

[132](#)C. AGÜERO SANJUAN, «¿Conforman las sentencias penales un género discursivo?», *Estudios Filológicos*, 53, (2014), pp. 244 y ss. Un discurso dominante al interno del sistema de justicia penal es a su vez un instrumento sumamente poderoso para silenciar otros discursos, en la medida en que con frecuencia presenta la apariencia de ser incontestable, J. NIEMI-KIESILÄINEN / P. HONKATUKIA / M. RUUSKANEN, «Legal Texts as Discourses», en E-M. SEVENSSON / Å. GUNNARSSON / M. DAVIES (eds.), *Exploiting the Limits of Law*, Ashgate, Routledge, 2007, p. 81.

[133](#)Detecta un trato diferenciado respecto de las trabajadoras sexuales argentinas en su análisis, F. SOTELO, «La explotación económica de la sexualidad: sus problemas y cómo combatirlos. Una crítica luego de una década de políticas abolicionistas», *cit.*, pp. 198 y ss.

[134](#)Un análisis reciente del mercado laboral femenino en España en, M. G., MILLÁN VÁZQUEZ DE LA TORRE / M. P. SANTOS PITA / L. M. PÉREZ NARANJO, «Análisis del mercado laboral femenino en España: evolución y factores socioeconómicos determinantes de empleo», *Papeles de población*, 21 (2015), pp. 197-225.

[135](#)Sería conveniente analizar si las diferencias entre prostitución y alterne --E. HAVA GARCÍA, «Trata de personas, prostitución y políticas migratorias», *cit.*, pp. 116 y ss.-- se mantienen con la nueva regulación.

[136](#)Indudablemente, en próximos desarrollos del trabajo aquí presentado será necesario incluir un análisis detallado de las diferentes posturas sostenidas hasta el momento sobre la prostitución en el contexto europeo y nacional, así como su influencia en el diseño de la política criminal implementada al respecto en los últimos años y su eventual evolución.

[137](#)En la medida en que la muestra objeto de estudio está configurada por sentencias judiciales, se trata de representaciones de carácter oficial, aunque necesariamente influidas por el contexto social del que forman parte y al que se dirigen.

[138](#)También llamados esporádicamente por la Jurisprudencia «delitos de explotación» (STS de 13 de abril de 1976) o «delitos de explotación del hombre por el hombre» (STS de 13 de junio de 1975).

[139](#)Respecto al mismo, entre otros, vid. Quintero Olivares, G., «Algunas consideraciones críticas sobre los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo en la reforma del Código penal», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1972; Sainz Cantero, J. A., *En torno a los delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo*, Murcia 1972, del mismo, «Los delitos laborales cinco años después», *Estudios Penales y Criminológicos I*, Santiago de Compostela, 1977; Gómez de Aranda, L. *El llamado delito social en el Código penal*, Madrid, 1975; Bajo Fernández, M., «Delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo», *Cuadernos de Política Criminal*, 1978; Casas Barquero, E., «Observaciones sobre la libertad y seguridad en el trabajo en los aspectos penal y constitucional», *Cuadernos de Política Criminal*, 1982; Morillas Cueva, L., «Los delitos laborales», *Documentación Jurídica (Monográfico sobre la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal)*, Madrid 1983, pp. 819-844; Arroyo zaparero, I., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores (especial consideración del art. 499 bis CP)», publicado en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 15, julio-septiembre de 1983, pp. 353-373 y en *El Poder penal del Estado: homenaje a H. Kaufmann*, Buenos Aires, 1985, pp. 221-251.

[140](#)Así expresamente las SsTS de 14 de marzo de 1985 y de 29 de mayo de 1989.

[141](#)En la década de los setenta del siglo XX son esporádicos los pronunciamientos del Tribunal Supremo referentes a cualquiera de las modalidades delictivas recogidas en el artículo 499bis. Así, por ejemplo, las SsTS de 13 de junio de 1975, de 24 de febrero de 1976, de 23 de marzo de 1976, de 13 de abril de 1976, de 20 de mayo de 1977, de 28 de junio de 1977, o la de 22 de junio de 1979, de 2 de febrero de 1980 o de 30 de abril de 1980.

[142](#)Al respecto las SsTS de 25 de enero de 1984, de 7 de julio de 1984, de 7 de noviembre de 1984, de 14 de marzo de 1985, 1 de febrero de 1989, de 5 de junio de 1989, de 29 de septiembre de 1989, de 15 de marzo de 1990 o de 25 de octubre de 1990.

[143](#)STS de 21 de diciembre de 1987.

[144](#)Que, como señala Navarro Cardoso, F., aparecían sin un tratamiento sistematizado y con una aparente contradicción entre algunos de sus preceptos, «producto de una falta de definición político-criminal y, por lo tanto, ideológica», en *Los delitos contra los Derechos de los Trabajadores*, Valencia 1998, p. 18.

[145](#)Villacampa Estiarte, C./Salat Paisal, M., en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal* (Gonzalo Quintero Olivares, Director), Cizur Menor 2016, p. 1153.

[146](#)En el ámbito laboral, quedan fuera del Título XV del libro segundo del Código penal el delito de acoso sexual en el trabajo, y el alzamiento de bienes lesivo para el derecho de crédito de los trabajadores. Más tarde se incluiría el mobing dentro de los delitos contra la integridad moral.

[147](#)Villacampa Estiarte, C./Salat Paisal, M., *Comentarios a la Parte..., cit.*, p. 1155.

[148](#)TERRADILLOS BASOCO, J., «Derecho penal del trabajo», en *Revista Penal*, 1, 1998, p. 78.

[149](#)Así, BAYLOS GRAU, A./TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal del trabajo*, Madrid, 1998; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal Económico*. Parte Espacial, Valencia, 2016, p. 791. Respecto a la evolución y asentamiento de la expresión «Derecho penal del trabajo» en la ciencia penal del occidente europeo, vid. Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal*, Bilbao, 2000, pp. 36 y ss.

[150](#)Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en base a la habilitación de la Ley 11/1994, de 19 de mayo.

[151](#)Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que ejecuta lo dispuesto la disposición adicional primera de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

[152](#)Ley 31/1995, de 8 de noviembre.

[153](#)Ley que, posteriormente, resistematizada, por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (TRLISOS).

[154](#)En este sentido Arroyo Zapatero, L., «El "ne bis in idem" en las infracciones al orden social, la prevención de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores y la seguridad social», en AA.VV., *Las Fronteras del Código Penal y el Derecho Administrativo Sancionador*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, p. 298.

[155](#)Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre.

[156](#)«Los que den ocupación simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el Régimen de Seguridad Social que corresponda o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo, siempre que al menos al número de trabajadores afectados sea al menos de: a) el 25 por 100, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cien trabajadores, b) el 5 por 100, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de diez trabajadores y no mas 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».

[157](#)«Será castigado con la pena de prisión de tres a dieciocho meses o multa de doce a treinta 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 de 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»

[158](#)«No solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido. A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados». FUENTES OSORIO, J. L., señala estos dos preceptos como ejemplos en el que se sanciona el mismo comportamiento concreto en el ámbito penal y laboral, constituyendo el criterio de distinción entre ambos órdenes exclusivamente el porcentaje de sujetos afectados en relación con el tamaño de la empresa, «¿El legislador penal conoce la normativa sancionadora laboral? Superposición del ilícito penal u el administrativo-laboral. El ejemplo del tráfico ilegal de mano de obra», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI (2016), pp. 558-559.

[159](#)«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». Al respecto, también el artículo 54.1.d) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: «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».

[160](#)«La transgresión de las normas sobre trabajo de menores contempladas en la legislación laboral». Al respecto, también, el artículo 6 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores dispone lo siguiente: «1. Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años. 2. Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo respecto a los que se establezcan limitaciones a su contratación conforme a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y en las normas reglamentarias aplicables. 3. Se prohíbe realizar horas extraordinarias a los menores de dieciocho años. 4. La intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos solo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud ni para su formación profesional y humana. El permiso deberá constar por escrito y para actos determinados».

[161](#)POMARES CINTAS, E., «La revisión de los delitos contra los derechos de los trabajadores según la reforma de 2015», en Quintero Olivares (dir.) *Comentarios a la Reforma penal de 2015*, Cizur Menor, 2015, p. 635.

[162](#)FUENTES OSORIO, J. L., «¿El legislador penal conoce...», *cit.*, p. 563.

[163](#)El Artículo 3.2 de la Ley Sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, al que remiten la demás normativa citada, dispone lo siguiente: «En los supuestos en los que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no tenga sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones».

[164](#)FUENTES OSORIO, J. L., *Memento Práctico. Penal económico y de la empresa*. Madrid 2016, p. 768.

[165](#)QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte Especial*, Valencia, 2016, p. 911.

[166](#)Villacampa Estiarte, C./Salat Paisal, M., *Comentarios a la Parte...*, cit., p. 1164.

[167](#)Al respecto, vid. HORTAL IBARRA, J. C., *Comentarios...*, cit., p. 1101.

[168](#)POMARES CINTAS, E., «La revisión de los delitos...», cit., p. 634; Como afirma HORTAL IBARRA, J. C.: afectando a determinados sectores empresariales, como la hostelería, el textil o la construcción: «Unas organizaciones caracterizadas por sus plantillas inferiores a 10 trabajadores, en no pocos casos en economía sumergida donde se nutren de trabajadores nacionales sin darlos de alta en la seguridad social y/o se valen de extranjeros extracomunitarios carentes de permiso de trabajo», en Corcoy Bidalolo/Mir Puig (dirs), *Comentarios al Código Penal*, Valencia, 2016, p. 1102.

[169](#)En este sentido, TERRADILLOS BASOCO, J., «Derecho penal...», cit., p. 78; Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, Morillas Cueva (dir.), Madrid, 2016, p. 833; Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal Económico...*, cit., p. 792; Baylos Grau, A./Terradillos Basoco, J. *Derecho penal del Trabajo...cit.*, p. 50.

[170](#)Como, por ejemplo, ocurre con el delito de coacciones para la huelga del artículo 315.3 CP.

[171](#)López Garrido, D./García Arán, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid 1996, p. 153; Navarro Cardoso, F., *Los Delitos contra los derechos de los trabajadores*, Valencia 1998, pp. 21 y ss.

[172](#)Lascurain Sánchez, M., *Comentarios al Código Penal* (Gonzalo Rodríguez Mourullo, Dir.), Madrid, 1997, p. 895; TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Derecho penal del trabajo...», cit., p. 81.

[173](#)«Los derechos que dimanen de las condiciones mínimas exigibles e irrenunciables de la contratación laboral», para Navarro Cardoso, F., *Los Delitos contra los derechos...*, cit., pp. 29 y 49.

[174](#)En esta misma línea, pero negando la perspectiva de bien jurídico colectivo, Ortubay Fuentes, M. *La tutela...*, cit., p. 149.

[175](#)Baylos Grau, A./Terradillos Basoco, J. *Derecho penal del Trabajo...*, cit., p. 78; Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico...*, cit., p. 801; LASCURAIN SÁNCHEZ, M., *Comentarios...*, cit., p. 897.

[176](#)Ortubay Fuentes, M., *La tutela penal...*, cit., pp. 163 y ss.

[177](#)MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, Valencia, 2016, p. 809; POMARES CINTAS, E., «La revisión de los delitos...», cit., p. 635.

[178](#)POMARES CINTAS, E., «La revisión...», cit., p. 635.

[179](#)Al respecto, HORTAL IBARRA, J. C., en Corcoy Bidasolo/Gómez Martín (dirs.) *Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa. Parte General y Especial*, Tomo I, p. 519; también en *Comentarios...*, cit., p. 1102.

[180](#)FUENTES OSORIO, J. L, considera un doble bien jurídico., *Memento Práctico...*, cit., p. 769.

[181](#)STS, de 17 de julio de 2015, donde se considera que afecta a los derechos de los trabajadores, de un lado y la competencia empresarial, de otro.

[182](#)En la tramitación parlamentaria del texto legislativo que dio lugar a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ya lo pusieron de relieve las enmiendas n. 52, del Grupo parlamentario Mixto, 676, del grupo parlamentario socialista, y 171 del Grupo parlamentario de Izquierda Plural, esta última motivada su propuesta de supresión por ser «un tipo delictivo perverso, innecesario y desproporcionado que no salvaguarda ningún bien jurídico digno de protección y se fundamenta en razones no de política criminal, sino de política migratoria». En esta línea, FARALDO CABANA, P. califica la ubicación del artículo 311 CP entre los «delitos contra los derechos de los trabajadores» como un «sarcasmo» del legislador, en «El nuevo delito de emplear a ciudadanos extranjeros o menores sin permiso de trabajo», en González Cussac, J. L., *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia, 2016, p. 978; también HORTAL IBARRA, J. C., *Comentarios...*, cit., p. 1105, también en *Manual de Derecho...*, cit., p. 522.

[183](#)POMARES CINTAS, E., POMARES CINTAS, E., «La revisión...», cit., p. 635.; también, DE ROSARIO MARTÍNEZ, V., en Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios Prácticos al Código penal...*, cit., p. 840; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa...*, cit., p. 814; TRAPERO BARREALES, M. A., «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*, núm. 114, 3014, p. 20.

[184](#)FUENTES OSORIO, J. L., *Memento Práctico...*, cit., p. 749.

[185](#)DE VICENTE MARTÍNEZ, R., en Gómez Tomillo (director), *Comentarios Prácticos al Código Penal*, Tomo III, Cizur Menor, 2016, p. 836; Villacampa Estiarte, C./Salat Paisal, M., en *Comentarios a la Parte Especial*, cit., p. 1.164.

[186](#)HORTAL IBARRA, J. C., *Comentarios...*, cit., p. 1102.

[187](#)Así, la SAP de Vizcaya de 2 de febrero de 2015, ratificada por la STS de 17 de junio de 2015 --que no entra a valorar el criterio de la cuantificación del trabajador a tiempo parcial--.

[188](#)Al respecto, la propia SAP de Vizcaya de 2 de febrero de 2015, lo establecía en el promedio diario de trabajadores que hayan prestado servicios en la empresa en los 30 días anteriores. Criterio que no fue valorado tampoco por la STS que ratificaba la anterior, y que no ha sido tomado en cuenta en otras resoluciones jurisprudenciales.

[189](#)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 (BOE nº 77, de 31 de marzo).

[190](#)Consejo General del Poder Judicial: *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 16 de enero de 2013 [En línea: www.poderjudicial.es. Último acceso: octubre de 2017]; Fiscalía General del Estado: *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal*, 8 de enero de 2013 [En línea: www.fiscal.es. Último acceso: octubre de 2017].

[191](#)BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 66-1, de 04/10/2013, p. 80.

[192](#)Consejo de Estado: *Dictamen 258/2013, Anteproyecto de Ley Orgánica que modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código Penal*, 27 de junio de 2013 [En línea: www.boe.es. Último acceso: octubre de 2017].

[193](#)DOUE L 168/24 de 30 de junio de 2009.

[194](#)García Arán, M., *La prevaricación judicial*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 18.

[195](#)Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la

Seguridad Social (BOE nº 312, de 28 de diciembre).

[196](#)Pomares Cintas, E., «La revisión de los delitos contra los derechos de los trabajadores según la reforma de 2015», en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 636.

[197](#)Pomares Cintas, E., *cit.*, p. 636: tesis a la que se suma, también, la práctica totalidad de la doctrina que se ha pronunciado sobre el tema.

[198](#)Basta acudir a las memorias anuales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, disponibles en www.empleo.gob.es/itss.

[199](#)Excluyo, pues, los supuestos minoritarios de dación de empleo por razones humanitarias.

[200](#)No entro en el debate sobre el bien jurídico-penal protegido en el Título XV del Libro II del Código Penal. Vid., últimamente, apuntando que la posición mayoritaria actual se inclina por la identificación de un unitario objeto de tutela, Villacampa Estiarte, C.; Salat Paisal, M.: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. II, 7ª edic., Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 689 y 690.

[201](#)Villacampa Estiarte, C.; Salat Paisal, M.: *cit.*, p. 703.

[202](#)Mestre Delgado, E., «Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en C. Lamarca Pérez (coord.), *Delitos. La parte especial de Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 578, sostiene que es una expresión indeterminada de difícil compatibilidad con el principio de legalidad. Pérez Arias, J., «Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en L. Morillas Cueva (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 714, apunta que el legislador podía haber evitado la ambigua expresión «reiteración» teniendo presente recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional, citando las SSTC 185/2014 y 3/2015, en relación con la derogada falta de hurto, exigiendo condenas firmes previas. El debate, en todo caso, lo sitúo en otro terreno: la innecesariedad del precepto.

[203](#)Mestre Delgado, E., *cit.*, p. 578.

[204](#)De otra opinión, expresamente, Sánchez Lárazo, F. G., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en C. M. Romeo Casabona, E. Solá Reche, M. A. Boldova Pasamar (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Comares, Madrid, 2016, p. 515; Tapia Ballesteros, P., «Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo: ¿por fin una tutela para la persona "no nacional" en el ordenamiento jurídico penal español?», *Diario La Ley*, 8597 (2015), p. 6; De Vicente Martínez, R., «Artículo 311 bis», en M. Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. III, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 840.

[205](#)Con las conocidas consecuencias dogmáticas: irrelevancia del consentimiento de la víctima, indiferencia del número de afectados, y activación de los concursos de delitos cuando se afecten bienes jurídico-penales individuales. Últimamente, Martínez-Buján Pérez, C., «Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en J. L. González Cussac (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 4ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 532.

[206](#)De otra opinión Villacampa Estiarte, C.; Salat Paisal, M.: *cit.*, p. 702.

[207](#)Respecto al menor de edad lo apunta Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 314.

[208](#)De Vicente Martínez, R., *cit.*, p. 839, sostiene que estas conductas del art. 311 bis encuentran ya respuesta en el art. 312 CP, aunque no especifica el apartado donde las entiende subsumibles.

Pomares Cintas, E., *cit.*, p. 638, opina que el art. 312.1 CP castiga ya estas conductas.

[209](#)Pomares Cintas, E., *cit.*, p. 637.

[210](#)Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE nº 10, de 12 de enero), en su actual redacción.

[211](#)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 (BOE nº 189, de 8 de agosto).

[212](#)Vid. Navarro Cardoso, F.: «El Derecho Penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador», en F. Pérez Álvarez (ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 1321 y ss.

[213](#)Vid., *in extenso*, Navarro Cardoso, F.: *Intervención administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho Penal*, Colex, Madrid, 2001, pp. 84 y ss., 89 a 114.

[214](#)Pomares Cintas, E., *cit.*, 635, citando a Trapero Berreales, M. A., «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*, nº 114, 2014, pp. 5 a 44.

[215](#)Este trabajo se ha realizado en el seno del proyecto I+D DER2016-77228-P.

[216](#)Véase, acerca del proceso seguido contra ocho trabajadores de la multinacional Airbus, recientemente finalizado con la SJP nº 1 de Getafe, 57/2016, de 16 de febrero, J. M. TERRADILLOS BASOCO, «De la huelga como derecho al piquete como delito. A propósito de la sentencia sobre el caso "los 8 de Airbus"», en *Revista de Derecho Social*, nº 73, 2016, pp. 217 a 240.

[217](#)Véase, sobre las distintas formas de abordaje jurídico-penal del ejercicio del derecho de huelga, J. M., TERRADILLOS BASOCO, «Huelga y delito», en A. Baylos Grau, C. Florencio Thomé y R. García Schwaz (coords.), *Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 1095 a 1099.

[218](#)«Quienes actuando en grupo o individualmente, pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, serán castigados con la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses».

[219](#)De hecho, antes del CP de 1995 se preveía en el mismo tipo que las coacciones.

[220](#)C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Delitos contra los derechos de los trabajadores (Título XV: arts. 311-318)», en C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 859. En contra, M. PÉREZ MANZANO, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en *Relaciones laborales*, nº 3, 1997, p. 288 y F. NAVARRO CARDOSO, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 144, sostienen que se trata de unas coacciones en su modalidad de «obligar a hacer».

[221](#)C. VILLACAMPA ESTIARTE y M. SALAT PAISAL, «Artículo 315», en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, tomo II, 7ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2016, pp. 728 y 729.

[222](#)Dando por hecho, en todo caso, que concurrieran los requisitos establecidos en el art. 315.3 en relación con el sujeto pasivo, pues, de lo contrario, este no podría aplicarse y entraría en juego el 172.1 CP.

[223](#)Es preciso advertir que, a mi modo de ver, esta solución deriva, únicamente, de la configuración típica de la conducta como coaccionar «a otras personas» y no del hecho de que el delito del art. 315.3 CP proteja un bien jurídico colectivo. En efecto, y siguiendo a ARROYO ZAPATERO, buena

parte de la Doctrina sostiene que el delito objeto de estudio protege, como el resto de delitos contra los derechos de los trabajadores, un bien jurídico de carácter colectivo --aunque no existe una definición unánime del mismo--, lo que tiene como consecuencia la irrelevancia del consentimiento individual y la existencia de un solo delito con independencia del número de sujetos pasivos (Véanse, L. ARROYO ZAPATERO, «Los piquetes de trabajadores en huelga y el delito de coacciones tras la reforma de 1976», en M. Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal*, tomo II, Madrid, Edersa, 1983, p. 453; A. BAYLOS GRAU y J. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 1997, pp. 50 y 51; F. NAVARRO CARDOSO, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit., pp. 30 y 31). En mi opinión, por el contrario, el bien jurídico protegido es, como en el resto de los tipos de coacciones, la libertad de obrar, concretada, esta vez, en la libertad de no secundar una huelga, pero, en cualquier caso, de titularidad exclusivamente individual.

[224S.](#) MIR PUIG, «El delito de coacciones en el Código penal», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo 30, 1977, p. 304.

[225](#)La diferencia penológica en relación con la aplicación del tipo genérico de coacciones del art. 172.1 CP era muy superior con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, pues la pena prevista en el art. 315.3 CP para el delito de coacciones a la huelga era la de prisión de tres años y un día a cuatro años y seis meses y, cumulativamente, la de multa de doce a dieciocho meses.

[226](#)Véase, ampliamente, sobre el tema, J. M. SÁNCHEZ TOMÁS, *La violencia en el Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1999, pp. 57 y ss.

[227](#)Véanse, a título de ejemplo, las STSS 248/2008, de 19 de mayo, 723/2008, de 10 de noviembre y 109/2006, de 8 de febrero.

[228](#)También alguna Jurisprudencia menor ha cuestionado la compatibilidad de la concepción espiritualizada del concepto de violencia con las exigencias derivadas del principio de legalidad (SAP, Huelva, Sección 1ª, 48/2007, de 15 de marzo; SAP, Madrid, Sección 17ª, 36/2009, de 11 de febrero).

[229](#)En este sentido, R. REBOLLO VARGAS, «TÍTULO VI. Delitos contra la libertad», en J. Córdoba Roda y M. García Arán (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 221 y ss.; J. M. SÁNCHEZ TOMÁS, «Coacciones», en F. J. Álvarez García (dir.), *Derecho penal español. Parte Especial*, tomo I, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 407 y ss.; B. DEL ROSAL BLASCO, «Delitos contra la libertad (II)», en L. Morillas Cueva (dir.), *Sistema de Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2016, pp. 170 y ss.; M. L. CUERDA ARNAU, «Delitos contra la libertad (y II): amenazas. Coacciones», en J. L. González Cussac (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 164 y 165.

[230](#)M. GARCÍA ARÁN, «TÍTULO XV. De los delitos contra los derechos de los trabajadores», en J. Córdoba Roda y M. García Arán (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 1305.

[231](#)En este caso, el Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona que había apreciado la concurrencia de un delito de coacciones a la huelga del art. 315.3 CP por no haber quedado suficientemente probado el requisito de la autoría plural que exige el tipo. Así, constan como hechos probados que el acusado «circulando en un Nissan Micra de su propiedad, en compañía de tres individuos, interceptaron el paso de un camión y apeándose el acusado con un punzón en la mano y tras indicar al conductor que parara, se bajara del mismo, lo dejara allí y se sumara a la huelga, como quiera que hizo caso omiso, que no se bajó del camión, pinchó las ruedas, primero la delantera izquierda y luego las traseras...». La sentencia de instancia consideró que el acuerdo entre el acusado y los individuos que le acompañaban «se infiere del hecho de que salieran juntos del bar e hicieran juntos el recorrido que se describe». Sin embargo, el Tribunal Supremo, con razón, que no

puede existir acuerdo suficiente, a los efectos de integrar esta figura delictiva, si la actuación del resto de los ocupantes del vehículo se limita al hecho de acompañar al sujeto activo. No obstante, por lo que aquí interesa, el Tribunal Supremo sí entendió que el acto de fuerza en las cosas --el pinchazo de las ruedas-- integraba el requisito típico de la violencia como medio comisivo del delito de coacciones y aplicó, de forma subsidiaria, el tipo genérico de coacciones del art. 172.1 CP (STS 362/1999, de 11 de marzo).

[232](#)STS 323/1993, de 20 de febrero.

[233](#)SAP, Guipúzcoa, Sección 1ª, 197/2002, de 19 de octubre.

[234](#)De hecho, el Tribunal Supremo ha afirmado que tal distinción «es de apreciación circunstancial, de condición relativa y de caso concreto» (STS 3893/1984, de 11 de julio).

[235](#)M. J. MAGALDI PATERNOSTRO, «Faltas contra las personas», en J. Córdoba Roda y M. García Arán (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 2745 y ss.

[236](#)En este sentido, A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «Sobre el delito de coacciones», en *Estudios penales y criminológicos*, nº 6, 1982, pp. 146 y 147; J. L. DÍEZ-RIPOLLÉS, «Art. 620», en J. L. DÍEZ-RIPOLLÉS y L. Gracia Martín (coords.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 888 y 889.

[237](#)C. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, «Artículo 172», en M. Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal*, tomo VI, Madrid, Edersa, 1999, p. 262.

[238](#)Véanse, SSTs 843/2005, de 29 de julio y 731/2006, de 3 de julio.

[239](#)Este parece ser el criterio mantenido por M. L. CUERDA ARNAU, «Delitos contra la libertad (y II): amenazas. Coacciones», *cit.*, p. 170.

[240](#)A este respecto, señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA que el desvalor de resultado posee primacía sobre el valor de acción, «lo que obliga a anteponer la naturaleza y entidad de la conducta que se impide o a la que se comete a la gravedad de la violencia misma, que es solo un medio» (A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «Sobre el delito de coacciones», *cit.*, p. 147).

[241](#)G. QUINTERO OLIVARES, «Artículo 172», en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, tomo I, 7ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2016, p. 1166.

[242](#)F. MORALES PRATS y R. GARCÍA ALBERO, «Artículo 179», en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, tomo I, 7ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2016, p. 1281; N. GARCÍA RIVAS, «Libertad e indemnidad sexuales», en F. J. Álvarez García (dir.), *Derecho penal español. Parte Especial*, tomo I, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 593.

[243](#)Véase, en relación con la violencia como medio comisivo típico del delito de agresión sexual, F. MORALES PRATS y R. GARCÍA ALBERO, «Artículo 179», *cit.*, pp. 1281 y 1282.

[244](#)E. ORTOS BERENGUER, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)», en J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 205.

[245](#)G. QUINTERO OLIVARES, «Artículo 172», *cit.*, p. 1166; J. M. SÁNCHEZ TOMÁS, *La violencia en el Derecho penal*, *cit.*, p. 76.

[246](#)Como apuntan VILLACAMPA ESTIARTE y SALAT PAISAL, en el tipo no se especifica si la coacción debe o no tener carácter grave (C. VILLACAMPA ESTIARTE y M. SALAT PAISAL, «Artículo 315», *cit.*, p. 729).

[247](#)Véase STS 3749/1979, de 26 de octubre.

[248](#)M. I. SERRANO MAÍLLO, «El derecho fundamental a la huelga de los trabajadores y piquetes coactivos», en *Actualidad penal*, nº 33, 2003, p. 843.

[249](#)F. NAVARRO CARDOSO, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit., p. 144; M. GARCÍA ARÁN, «TÍTULO XV. De los delitos contra los derechos de los trabajadores», cit., p. 1307; R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 545.

[250](#)Véase, en este sentido, J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Coacciones en el ámbito laboral», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 3, 1996, pp. 237 y ss.

[251](#)A. BAYLOS GRAU y J. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, cit., p. 161.

[252](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO/A. BAYLOS GRAU, *Derecho penal del trabajo*, Madrid, Trotta, 1990, p. 47.

[253](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 35.

[254](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Lima, Ara Editores, 2010, p. 31.

[255](#)También en, J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Introducción al estudio de la incidencia de las variables de género, inmigración y edad en las cifras sobre siniestralidad laboral», en J. M. Terradillos Basoco (dir) *La siniestralidad laboral. Incidencia de las variables de «género», «inmigración» y «edad»*, Albacete, Bomarzo, 2009, p. 12, destaca que el mandato del art. 40.2 CE que impone a los poderes públicos la obligación de velar por la seguridad e higiene en el trabajo obliga a implementar, entre otras, políticas de control y sanción dirigidas a incrementar la prevención.

[256](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Trotta, p. 17.

[257](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO/A. BAYLOS GRAU, *Derecho penal del trabajo*, cit., p. 36.

[258](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, cit., p. 30.

[259](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO/A. BAYLOS GRAU, *Derecho penal del trabajo*, cit., pp. 103 y 104.

[260](#)Ya en el año 1990, en J. M. TERRADILLOS BASOCO/A. BAYLOS GRAU, *Derecho penal del trabajo*, cit., pp. 109 y 110 indicaba el aumento de la siniestralidad laboral ininterrumpidamente desde el año 1983 hasta el 1988. Destacando también la relación entre precariedad laboral y siniestralidad, J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Introducción al estudio de la incidencia de las variables de género, inmigración y edad en las cifras sobre siniestralidad laboral», cit., p. 11.

[261](#)En las que constan 323 muertes en el trabajo. Los datos también indican un incremento del 5.6% en el número de muertes en el trabajo. En cuanto a la totalidad de accidentes en el trabajo, el primer semestre del año arroja una cifra total de 385.417 frente a los 364.703 del segundo semestre de 2016, con un incremento del 5.7% y una tendencia al crecimiento desde 2012, en [#sdfootnote262anc"](#) _mce_href="#sdfootnote262anc" name="#sdfootnote262sym"262J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, cit., p. 30.

[263](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Globalización, administrativización y expansión del Derecho

Penal Económico», en J. M. Terradillos/ M. Acale Sánchez (coords) *Temas de Derecho Penal Económico*, III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico, Madrid, Trotta, 2004, pp. 225 y 228.

[264](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, cit., p. 64.

[265](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, cit., pp. 32-33.

[266](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, cit., p. 96.

[267](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 50.

[268](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO/A. BAYLOS GRAU, *Derecho penal del trabajo*, cit., pp. 51-53.

[269](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 56.

[270](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO/A. BAYLOS GRAU, *Derecho penal del trabajo*, cit., p. 119.

[271](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO/A. BAYLOS GRAU, *Derecho penal del trabajo*, cit., p. 110.

[272](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, cit., pp. 127 y 128.

[273](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 58.

[274](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 127. También J. M. TERRADILLOS BASOCO/A. BAYLOS GRAU, *Derecho penal del trabajo*, cit., pp. 54 y 115.

[275](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 50, con base en el conocido trabajo de A. TORÍO LÓPEZ, «Los delitos de peligro hipotético (Contribución diferencial a los delitos de peligro abstracto)», *ADPCP*, 1981.

[276](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, cit., p. 38.

[277](#)Entendiendo que quien infringe la normativa sobre seguridad no desea atentar contra la vida y la salud de los trabajadores, sino que solo actúa negligentemente, a pesar de que, como él argumenta, quien infringe la normativa y es consciente del riesgo que genera actúa dolosamente ya que el art. 316 requiere sólo el dolo de peligro, J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, cit., p. 39.

[278](#)Vid., por ejemplo, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 314; C. VILLACAMPA ESTIARTE/M. SALAT PAISAL, *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II*, G. QUINTERO OLIVARES (Dir.) Y OTROS, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 732 y 733 y J. C. HORTAL IBARRA, *Comentarios al Código Penal*, M. CORCOY BIDASOLO/ S. MIR PUIG (Dir.) Y OTROS, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 316.

[279](#)Vid. por ejemplo, STS 1355/2000 de 26 de julio.

[280](#)Alguna jurisprudencia exige una relación de causalidad entre la falta de medios y el peligro grave, como la SAP Ourense 46/2004 de 14 de junio, o la presencia de algún trabajador en el radio de acción del comportamiento peligroso para poder configurar la puesta en peligro, como la STS 1036/2002 de 4 de junio, absolviendo cuando ese peligro no se verifica (pues en el caso concreto la

forma de trabajo diseñada no puso en peligro la vida de los trabajadores que no se encontraban en el radio de acción de la pala cuando ésta excavaba). También jurisprudencia reciente: SAP Murcia 369/2016 de 28 de junio, resaltando la necesidad de la puesta en peligro efectiva de la vida o la integridad física de los trabajadores como consecuencia de la infracción de la normativa reglamentaria en materia de seguridad e higiene en el trabajo, o SAP de Guipúzcoa 77/2016 de 12 de abril. Sin embargo, en otras ocasiones no se toma como referente la vida o la integridad física de los trabajadores para valorar la situación de peligro creada, sino su «seguridad», SAP Valencia 86/2016 11 de febrero.

[281](#) Como afirman SAP de Islas Baleares 127/2003 de 30 de junio o SAP de Málaga 133/2011 de 15 de febrero.

[282](#) Como expongo en C. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, «La deriva de los delitos de peligro en la LO 1/2015 de 30 de marzo de reforma del Código penal: la equiparación punitiva de los delitos de peligros dolosos e imprudentes y de los delitos de resultado y peligro abstracto. Una forma de "solventar" la confusa interpretación y aplicación de los tipos penales de peligro», en prensa.

[283](#) Vid. SAP Madrid 233/2009 de 30 de diciembre.

[284](#) Así, por ejemplo, en los delitos contra la salud de los consumidores, la referencia típica a que la puesta en peligro sea de la salud de los consumidores, y no de la salud de las personas (que consumen), se utiliza como argumento para entender que la salud se está expresando aquí en sentido colectivo y que por tanto es suficiente la aptitud lesiva del producto para dañar la salud sin que se exija la puesta en peligro de la salud de algún consumidor en particular, y ello pese al tenor literal como delito de peligro concreto, J. DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, «Delitos relativos a productos o sustancias dedicados al consumo: fraudes alimentarios», *Memento Penal 2017*, ed. Lefebvre, Madrid, 2016, p. 1559.

[285](#) J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 50. En el mismo sentido, J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, cit., p. 32.

[286](#) J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 58.

[287](#) J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 57.

[288](#) J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, cit., pp. 56-58.

[289](#) J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, cit., p. 78.

[290](#) J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, cit., p. 88.

[291](#) J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, cit., pp. 91-92. Esta argumentación le permite plantear que cuando la puesta en peligro se concreta en algún trabajador determinado es aplicable el concurso de leyes si el peligro se materializa en lesión a ese solo trabajador, J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Responsabilidades (III): Tipos penales relacionados con la prevención de riesgos laborales», en GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (Dir.), *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, Albacete, Bomarzo, 2009, p. 508.

[292](#) Como desarrollé más extensamente con respecto a los crímenes internacionales en C. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, «Los bienes jurídicos universales que protege el Derecho Penal Internacional», *Derecho Penal y crítica al poder punitivo del Estado*, F. VELÁZQUEZ Y OTROS (Coord.), Tomo 2, Bogotá, Grupo Ibáñez/Universidad de los Andes, 2013.

[293](#) «Las causas determinantes de ineficiencia del sistema legal español de protección son múltiples

y heterogéneas, lo que impide la reconducción de la causalidad a vectores únicos. En el origen de todas ellas se encuentran conocidos elementos culturales», en J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Deficiencias del sistema legal de prevención», *Revista Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, 65 (2009), p. 13.

[294](#)Vid. M. REVELLES CARRASCO, *Glosario jurisprudencial de siniestralidad laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 61.

[295](#)La supresión del Libro III de las Faltas del Código Penal, se caracteriza por su falta de coherencia y racionalidad. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015 señala que se realiza en aras de una mayor aplicación del principio de intervención mínima y dar una respuesta judicial más rápida y eficaz. Esto constituye una falta de coherencia absoluta, pues el principio de intervención mínima queda diluido al no descriminalizarse las conductas sino que cambian su nomenclatura o se amplía las conductas de tipos penales ya existente, además de que no se descongestionan los Tribunales, ya que se produce el reenvío a otros órdenes jurisdiccionales. Se produce, también, una falta de racionalidad en la selección de las conductas que desaparecen y las conductas que se trasladan a delitos menos graves o delitos leves; así, llama la atención que desaparece del ámbito punitivo el homicidio por imprudencia leve (artículo 621.2 del Código Penal), y pasa a ser delito menos grave dejar sueltos animales feroces; se elimina una infracción de resultado lesivo y se eleva la punición de una conducta de peligro abstracto.

[296](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Responsabilidades penales», en J. L. MONEREO PÉREZ./ C. MOLINA NAVARRETE (dir.), *Tratado de Prevención de Riesgos Laborales. Teoría y Práctica*, Madrid, Tecnos, 2015, p. 496, citando a A. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ/I. OLLOQUIEGUI SUCUNZA, «Homicidio por imprudencia leve», en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 87.

[297](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Responsabilidades penales», *cit.*, p. 496.

[298](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Responsabilidades penales», *cit.*, p. 494.

[299](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «A protección penal da seguridad e saúde laboral», *IX Xornadas de Outono de Dereito Social*, Vigo, 2005. J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Respuesta penal frente a la siniestralidad laboral», en AA.VV., *Tutela penal de la seguridad en el trabajo. Cuadernos penales José María Lidón 3*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 15-40.

[300](#)Vid. R. SÁEZ VALCÁRCCEL, «¿Acaso se suicidan los obreros? El accidente de trabajo y la culpa de la víctima en cierta práctica judicial», *Revista de Derecho Social*, 33 (2006), pp. 9-23. R. SÁEZ VALCÁRCCEL, «Morir en el trabajo. Política criminal frente a los accidentes laborales», en R. SÁEZ VALCÁRCCEL (dir.), *Siniestralidad laboral y Derecho penal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 37-104.

[301](#)M. COBO DEL ROSAL/J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Responsabilidad penal por accidentes laborales: riesgo permitido y autopuesta en peligro», *Cuadernos de Política Criminal*, 82 (2004), pp. 5-18, en idéntico sentido afirman que «si el sujeto le pide a un tercero que lo mate, éste de todas formas responderá, porque la vida es considerada por nuestro legislador --todavía-- como un bien indisponible incluso para el propio sujeto».

[302](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Homicidio y lesiones por imprudencia. Imprudencia profesional. Concurrencia de culpas», en R. SÁEZ VALCÁRCCEL (dir.), *Siniestralidad laboral y Derecho penal*, *cit.*, p. 429.

[303](#)En el Código Penal vigente la cuota diaria de la pena de multa se establece entre un mínimo de 2 euros y un máximo de 400 euros.

[304](#)En este sentido la SAP de Toledo de 12 de diciembre de 2014: «Pero de lo que se conoce como

signos externos, resulta que el condenado es administrador único de la empresa que lleva su nombre, que es una S.A., con cincuenta y dos plantas de producción en España y cientos de trabajadores. Deducir que es dueño o accionista mayoritario o que se encuentra entre los accionistas mayoritarios no es descabellado».

[305](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Responsabilidades penales», *cit.*

[306](#)FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria Fiscal 2014*, p. 428.

[307](#)A. BAYLOS GRAU, y J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, Trotta, Madrid, 1997, *cit.*, n. 12, pp. 116 y ss. J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Delitos contra los derechos de los trabajadores (II): arts. 314, 315, 316 y 317 del Código Penal», CDJ, *Empresa y Derecho Penal* (I), 1999, pp. 414 y ss.

Respecto al debate de si nos encontramos ante un mismo bien jurídico protegido en todos los delitos o con diferentes, TERRADILLOS BASOCO ahonda en la escasa utilidad práctica de este debate en la medida en que las consecuencias de una u otra posición doctrinal no varían ya que éstas emanan de la naturaleza colectiva del interés tutelado, ya se reconozcan una pluralidad de ellos, o un único bien jurídico, J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en *Derecho penal parte especial (Derecho penal económico)*, Iustel, Madrid, 2016, p. 274.

[308](#)Entre otros, L. ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la Seguridad en el trabajo*, Colección jurídica. Servicio social de higiene y seguridad en el trabajo, Madrid, 1981, pp. 115 y 116; J. C. HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Atelier, Barcelona, 2005, p. 58; R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 559; E. ROJO TORRECILLA, *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la seguridad social*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 238; M. ORTUBAY FUENTES, *Tutela de las condiciones de trabajo. Un estudio del art. 311 del Código penal*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, p. 207; F. NAVARRO CARDOSO, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 29; M. GARCÍA ARÁN, «La protección penal de la seguridad en el trabajo en el Código penal vigente y en el Proyecto de Código penal de 1992», en J. M. Terradillos Basoco, (coord.), *Derecho Penal del Trabajo y Derecho Administrativo sancionador. 13ª Curso de Verano de San Roque*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 1992, p. 23; J. R. SERRANO-PIEDRECASAS, «La responsabilidad penal del empresario, personal técnico y de los servicios de prevención en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo», en *Revista penal*, núm. 10, julio 2002, pp. 94 y 95; N. GARCÍA RIVAS, «Reflexiones sobre inseguridad laboral e imprudencia. A propósito de la Sentencia de la AP de Barcelona de 2 de septiembre de 2003», en *Revista de Derecho Social*, núm. 24, 2003, p. 180.

[309](#)A. BAYLOS GRAU, y J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, *cit.*, pp. 116 y ss.; J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Los delitos contra la vida y salud de los trabajadores: diez años de vigencia (diez cuestiones controvertidas en los Tribunales)», en J. M. Terradillos Basoco, M. Acale Sánchez, y R. M. Gallardo García, *Siniestralidad laboral, Una análisis criminológico y jurisprudencial*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2005, p. 77; J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 63, 1981; R. M. GALLARDO GARCÍA, *Protección jurídica de la vida y la salud de los trabajadores. Derecho penal-Derecho administrativo sancionador*, Comares, Granada, 2016, pp. 106 y ss.; P. A. RAMÍREZ BARBOSA, *El delito contra la seguridad y la salud en el trabajo. Análisis dogmático de los artículos 316 y 317 del Código penal*, Iustel, Madrid, 2007, p. 66; J. BOIX REIG, y E. ORTS BERENGUER, «Consideraciones sobre el artículo 316 del Código Penal», en L. Arroyo Zapatero, y I. Berdugo Gómez De La Torre, (dirs.) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 61 y ss.; J. M. TAMARIT SUMALLA, «Artículo 316», en G. Quintero Olivares, G., (dir.) *Comentarios al Código*

penal. Tomo II. Parte especial (Artículos 138 a 318), Thomson, Navarra, 2008, p. 1216; F. G. SÁNCHEZ LÁZARO, «El concepto de trabajador en el Derecho penal español», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 13, 2004, pp. 20 y 21.

[310](#)Art. 3.5 ET, art. 2.2 LPRL.

[311](#)En este sentido, TERRADILLOS BASOCO, indica en relación con la seguridad e higiene en el trabajo, que afecta a intereses individuales, pero legalmente contemplados en su dimensión colectiva y constitutivos de un bien jurídico transpersonal y estrictamente laboral, en J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida y salud de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 52 a 58.

[312](#)L. R. RUIZ RODRÍGUEZ, y R. M. GALLARDO GARCÍA, «La siniestralidad laboral en la población extranjera», en J. M. Terradillos Basoco, (coord.) *La siniestralidad laboral. Incidencia de las variables «género», «inmigración» y «edad»*, Bomarzo, Madrid, 2009, p. 104.

[313](#)E. ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004, p. 32.

[314](#)Sobre esta cuestión, ver R. M. GALLARDO GARCÍA, «La ausencia de resultado lesivo en los artículos 316 y 317 del Código Penal. Aplicación jurisprudencial», en *Revista de Derecho Social*, núm. 30, 2005.

[315](#)Por todos, E. ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, cit., pp. 194 y 195, esta autora difiere de la doctrina mayoritaria considerando que «...es una regla general que no siempre se puede cohonestar con la definición del concurso de leyes, de ahí que muchas veces no tenga el reflejo paralelo en los distintos criterios de solución del concurso de leyes».

[316](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en J. M. Terradillos Basoco, (coord.) *Lecciones de Derecho penal. Derecho penal económico*, Editorial Jurídica Continental, San José-Costa Rica, 2017, p. 343.

[317](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *La siniestralidad laboral como delito*, Bomarzo, Albacete, 2006, p. 134.

[318](#)Instrucción 104/2001 sobre relaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con la Fiscalía General del Estado en materia de ilícitos penales contra la Seguridad y Salud Laboral de la Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

[319](#)Instrucción 1/2001, de 9 de mayo, sobre actuación del Ministerio Fiscal en torno a la siniestralidad laboral: «El Tribunal Supremo apuntó esa posibilidad en la sentencia de 12 de noviembre de 1998 (STS 1360/1998), y ha confirmado tal tesis en la sentencia de 14 de julio de 1999 (STS 1188/1999). Su fundamento jurídico 7º declara, en lo que aquí interesa, que: cuando como consecuencia de la infracción de normas de prevención de los riesgos laborales se produzca el resultado que se pretendía evitar con ellas (la muerte o las lesiones del trabajador), el delito de resultado absorberá al de peligro (art. 8.3 CP), como una manifestación lógica de la progresión delictiva; más cuando --como es el caso de autos-- el resultado producido (la muerte de uno de los trabajadores) constituye solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad (ya que --como dice el Tribunal de instancia-- en la misma situación de peligro se encontraba trabajando la generalidad de los que desempeñaban sus funciones en la obra), debe estimarse correcta la tesis asumida por dicho Tribunal de instancia al entender que ha existido un concurso ideal de delito. Posteriormente, tal doctrina ha sido avalada en sentencias de 26 de julio y 19 de octubre de 2000 (SSTS 1355/2000 y 1611/2000»).

[320](#)STS (Sala de lo Penal) núm. 1188/1999 de 14 de julio.

[321](#)STS (Sala de lo Penal) núm. 10259/2001 de 22 de diciembre: «...ya que la muerte de Rafael Antonio C. R. no agotó la posible producción de otros resultados lesivos derivados de la situación de peligro en la que se encontraban los otros trabajadores que engrasaban los cilindros debiendo entenderse entonces la existencia de un concurso ideal de delitos, pero no acreditado tal extremo debidamente, el motivo debe perecer».

[322](#)R. M. GALLARDO GARCÍA, *Protección jurídica de la vida y la salud de los trabajadores. Derecho penal-Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 227 y ss.

[323](#)Así lo explica la Audiencia Provincial de Guipúzcoa mediante un esquema en el que pone de manifiesto la importancia de la naturaleza colectiva del bien jurídico, y que rechaza la aplicación del concurso de leyes, en la medida en que exige que la puesta en peligro afecte a un conjunto de trabajadores: «La naturaleza supraindividual del delito de peligro conlleva que las relaciones con los delitos de resultado generen un concurso de delitos en todos aquellos casos en los que el peligro se extienda a personas distintas de los trabajadores cuyos bienes jurídicos personales han resultado dañados. En el presente supuesto, la situación de riesgo significativo para la integridad corporal y salud, abarcó a todos los trabajadores que desplegaban su actividad laboral en la máquina donde ocurrió el accidente, que carecía de las medidas exigidas por la normativa de prevención de riesgos laborales y que realizaban dicha actividad de manera incorrecta. Por lo tanto, la convivencia jurídica con la infracción de resultado se resuelve conforme a las pautas marcadas por el concurso de delitos» (SAP de Guipúzcoa (Sección 1ª) núm. 130/2005 de 3 de junio).

[324](#)STS (Sala de lo Penal) núm. 1188/1999 de 14 de julio; STS (Sala de lo Penal) núm. 10259/2001 de 22 de diciembre; STS (Sala de lo Penal) núm. 1036/2002 de 4 de junio.

[325](#)Entre otras, SAP de Alicante (Sección 2ª) núm. 74/2007 de 16 de febrero; SAP de Tarragona (Sección 2ª) núm. 490/2013 de 11 noviembre; SAP de Sevilla (Sección 1ª) núm. 89/2013 de 15 febrero; SAP de Madrid (Sección 1ª) núm. 150/2015 de 27 marzo.

De este modo sería viable la opción del concurso de normas en el caso de que no exista riesgo para otros trabajadores, es decir que el peligro se haya agotado con el resultado lesivo, en caso contrario estaríamos ante el concurso de delitos: «Con independencia del fallecimiento de SM, los trabajadores EE y AH resultaron afectados por la situación de peligro derivada de la omisión de las medidas de seguridad, circunstancia que no es absorbida por el delito de homicidio. Nos encontramos ante un concurso ideal entre el delito de homicidio por imprudencia del artículo 142 CP y un delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 316 CP, concurriendo los elementos exigidos por cada uno de los tipos penales referidos. Se han despreciado las medidas de seguridad y se ha sometido a los trabajadores a una inaceptable situación de riesgo, riesgo perfectamente previsible y perfectamente evitable» (SAP de Alicante (Sección 2ª) núm. 74/2007 de 16 de febrero).

[326](#)J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas - Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1994, pp. 119 y 120.

[327](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *La siniestralidad laboral como delito*, cit., p. 135, n. 305.

[328](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Los delitos contra la vida y salud de los trabajadores como delitos de peligro. Consecuencias aplicativas», ponencia presentada en el *Seminario de especialización en siniestralidad laboral*, Centro de estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia-FGE, Granada, 16 y 17 de abril, 2007, (sin paginar).

[329](#)SAP de Madrid (Sección 3ª) núm. 288/2006 de 7 de julio: «...lo que tampoco puede resultar satisfactorio, ya que el recurso a la relación de alternatividad, es además de palmario reconocimiento de error del legislador, opción última a la que sólo se puede recurrir "en defecto de los criterios anteriores"....».

El Ministerio Fiscal, a su vez, indicaba que seguiría la línea del Tribunal Supremo de aplicar el

concurso ideal atendiendo al exceso de peligro: «*Deberá estudiarse igualmente la aplicabilidad de un criterio similar en los supuestos de hechos tipificados inicialmente como falta. A tal efecto, se recuerda la necesidad (advertida ya por la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 6/1992, de 22 de septiembre) de que los Sres. Fiscales asistan siempre a los juicios de faltas seguidos en aplicación del art. 621 del Código Penal por hechos de esta naturaleza*». (Instrucción 1/2001, de 9 de mayo, sobre actuación del Ministerio Fiscal en torno a la siniestralidad laboral).

[330](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Los delitos contra la salud y seguridad en el trabajo», en E. González-Posada Martínez, *La siniestralidad laboral. Responsabilidades contractuales, administrativas y penales*, Lex Nova- Thomson Reuters, Valladolid, 2014, pp. 501 y 502.

[331](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Los delitos contra la salud y seguridad en el trabajo», cit., p. 502.: «*...En efecto, se viene argumentando, con una lógica puramente naturalística, que el delito de resultado lesivo es más complejo que el de peligro, en cuanto presupone la concurrencia de riesgo y, además, un resultado dañoso; por tanto, el delito de lesión, lex consumens, resultaría de aplicación preferente. Pero conviene recordar que la propia fórmula legal no se refiere a una mecanicista "progresión en el tiempo". Lo más amplio o lo más complejo no es lo que sigue en el tiempo. Precepto más amplio es el que supone un desvalor más completo de los hechos; y, más complejo, el que incorpora o puede incorporar, además de los elementos básicos, otros de valor (comparativamente) prescindible (MIR, 2011, pp. 666-667) en el caso concreto. Más que un desarrollo naturalístico, la relación de consunción supone un cotejo valorativo entre dos preceptos que castigan diferentes conductas delictivas. El resultado, en términos fácticos, absorbe al peligro. Pero cuando, valorativamente, éste es más complejo o amplio que aquél, el camino es el inverso: el peligro grave para bienes jurídicos colectivos absorbe la lesión (nimia en términos de pena) de bienes jurídicos individuales. Procede, entonces, la aplicación preferente de los artículos 316 o 317 que, en realidad, son los preceptos más complejos: no incorporan lesión, pero incorporan la afectación a un bien jurídico colectivo y la infracción de normas de prevención, elementos no presentes en el delito imprudente de resultado lesivo*».

[332](#)Al estudio de los delitos contra los derechos de los trabajadores en general, y en concreto de los delitos contra la vida y la salud de los trabajadores y de los homicidios y lesiones en el ámbito de la siniestralidad laboral, ha dedicado buena parte de su actividad investigadora el profesor Terradillos Basoco. A ello se debe la elección del tema de mi aportación, que pretende ser un pequeño homenaje a quien considero un gran profesional y un amigo.

[333](#)Considero, en este sentido, que cabrá apreciar concurso de delitos entre el delito (doloso o imprudente) de peligro y los delitos de resultado lesivo (dolosos o más frecuentemente imprudentes) cuando hubieran estado expuestos al peligro más trabajadores de los que finalmente resultaron afectados en su vida o integridad. En esta línea también J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud en el trabajo», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 50 (1999), pp. 183-184; en *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 103-107; y en *La siniestralidad laboral como delito*, Albacete, Bomarzo, 2006, pp. 134-137. Sin embargo, si todo el peligro creado se ha concretado en la lesión o muerte de uno o varios trabajadores, la solución habrá de ser la del concurso de leyes a resolver por consunción a favor del delito o delitos de resultado lesivo (sobre la jurisprudencia en la materia y las opiniones en contra de aplicar aquí concurso de leyes, véase R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, Barcelona, Bosch, 2013, pp. 106-110).

[334](#)Así también, por ejemplo, I. MEINI, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 282. Existe sin embargo un sector doctrinal crítico con esta interpretación (que tachan de formalista) y favorable por el contrario a una delimitación de las fuentes de garantía más material, vinculada al pensamiento de Armin Kaufmann y a su definición de la posición de garante bien por un deber de protección de determinados bienes jurídicos, bien por un deber de vigilancia de una fuente de peligro. Al respecto, véanse por ejemplo F. MUÑOZ CONDE/ M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte general*, 9ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 258-262. Hay que tener en cuenta, en cualquier caso, que una

definición material de las fuentes de garantía se hace precisa en Alemania en la medida en que el párrafo 13 StGB no recoge, como sí ocurre en España, las fuentes de la posición de garante. Por tanto, limitar en España la comisión por omisión a los casos de garantes por ley, contrato o injerencia no constituye en mi opinión una interpretación «formalista», sino respetuosa del principio de legalidad.

[335](#)Aunque no es posible ahora entrar a analizar lo que ha de entenderse por «medidas de seguridad necesarias», sí quiero dejar claro que ello incluye no solo la puesta a disposición del trabajador de los medios materiales adecuados, sino también, por ejemplo, el control sobre su uso efectivo o el suministro de la información necesaria para su correcta utilización. Una aproximación a lo que ha de entenderse por «facilitación de medios» puede verse en J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Delitos contra la vida y seguridad en el trabajo: autoría y participación (análisis de supuestos)», *Revista de Derecho Social*, 42 (2008), pp. 77-82, aunque teniendo en cuenta que se refiere específicamente a los delitos de peligro contenidos en los arts. 316 y 317 Cp y no a los supuestos de comisión por omisión de resultados lesivos.

[336](#)Art. 14.1 LPRL, párrafos primero y segundo: «Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales».

[337](#)Art. 14.1 LPRL, párrafo tercero: «Este deber de protección constituye, igualmente, un deber de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio». En palabras de R. DE VICENTE MARTÍNEZ (*La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, cit., p. 56), en relación al delito del art. 316 pero aplicables también aquí, «[...] en el ámbito penal se considera empresario a toda persona física o jurídica, pública o privada que ostenta un poder de dirección sobre los trabajadores independientemente de la existencia de un contrato formal de trabajo», lo que permite incluir en este concepto, según la citada autora, al empresario clandestino, al que hace uso de mano de obra sin contrato o a titulares de empresas distintas de aquella que ha contratado al trabajador en los casos de concurrencia de empresas.

[338](#)En contra, sin embargo, considerando que la posición de garante no puede derivarse sin más de la existencia de una ley previa extrapenal, entre otros, E. DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Madrid, Iustel, 2009, p. 125; y «Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas», en J. R. Serrano-Piedecabras/ E. Demetrio Crespo (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, Madrid, Colex, 2010, p. 12; y J. DE VICENTE REMESAL, «Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de la persona física (directivo, representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control», *Revista Penal*, 34 (2014), p. 188.

[339](#)Y mucho menos en base al mero conocimiento de la situación de peligro. Al respecto, me parece muy confusa la redacción del art. 318 Cp, que, aunque referido a los delitos de peligro de los arts. 316-317 cometidos en el seno de personas jurídicas, al indicar que «[...] se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello» parece estar convirtiendo en responsables de la situación de peligro a dos grupos de sujetos diferentes, cuando en mi opinión solo cabe interpretar este artículo en el sentido de que se trata de dos requisitos cumulativos: competencia y conocimiento actual o potencial del riesgo. En este sentido crítico se expresan también J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Delitos contra la vida y seguridad en el trabajo: autoría y participación (análisis de supuestos)», cit., pp. 94-95; y F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, 21ª ed., revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 311-312.

[340](#)En este sentido se manifestaba ya, por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad por el producto la sentencia del «caso de la colza» (STS de 23 de abril de 1992), emitida cuando aún no se regulaba expresamente la comisión por omisión: «[...] el deber de garante de los socios con facultades administrativas se puede fundamentar tanto en los deberes generales de cuidado como en

un comportamiento anterior contrario al deber...». Véase también, entre otras, en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente, la STS 1828/2002, de 25 de octubre, que, aplicando ya el art. 11.b) Cp, recoge la injerencia como fuente de la posición de garante para castigar a los responsables de producción de una empresa contaminante.

[341](#)Es irrelevante, por tanto, que la conducta se realice en el ámbito de una persona jurídica. En efecto, no se trata aquí de un delito especial, como el contenido en el art. 316, en el que sea necesario arbitrar métodos de transmisión de la cualidad especial exigida en el tipo para exigir responsabilidad a la persona física individual, sino de delitos comunes (homicidio/lesiones) en los que el sujeto ostenta la posición de garante en base a su propia asunción de deberes.

[342](#)J. M. SILVA SÁNCHEZ, «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español», en J. M. Silva Sánchez (edit.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1995, pp. 371-372.

[343](#)Obviamente, las dificultades para individualizar la responsabilidad penal en la empresa aumentan cuanto mayor es la complejidad de su estructura y mayor en consecuencia la división vertical y horizontal del trabajo.

[344](#)En este sentido, el art. 225.1 de la Ley de Sociedades de Capital (aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio) establece que «(l)os administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, *teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos*» (la cursiva es mía).

[345](#)Así, por ejemplo, C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 515-516.

[346](#)Aunque no toda competencia es delegable (véase por ejemplo, en este sentido, E. DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, cit., p. 106). En principio no hay problema en delegar las competencias relativas a la prevención de riesgos laborales, incluso a personas ajenas a la entidad empresarial (delegación externa, así también R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, cit., p. 61; véase art. 30.1 LPRL). Sin embargo, como dice Terradillos, existen ciertas obligaciones de seguridad que son exclusivas de los empresarios y que por tanto no son delegables, como por ejemplo las relativas al cumplimiento de resoluciones de la autoridad laboral en materia de paralización de trabajos por razones de seguridad. J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Delitos contra la vida y seguridad en el trabajo: autoría y participación (análisis de supuestos)», cit., p. 84.

[347](#)En este sentido, por ejemplo, J. M. SILVA SÁNCHEZ, «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas», *Cuadernos de Derecho judicial*, 2 (1997), p. 15; P. GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1999, p. 93; E. NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 198-199; R. ROBLES PLANAS, «Participación en el delito e imprudencia», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, 6 (2000), pp. 246-247; A. I. PÉREZ CEPEDA, «Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación», *Revista Penal*, 9 (2002), p. 110; I. MEINI, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, cit., p. 382; E. DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, cit., pp. 106-107; C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, cit., p. 534; L. DEL RÍO MONTESDEOCA, *Siniestralidad laboral: comisión por omisión y peligro concreto*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 84.

[348](#)Para M. J. RODRÍGUEZ MESA (*La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 131-135) esos requisitos son: la libertad y voluntariedad

en la delegación y en la asunción; la dotación del necesario dominio, esto es, de poder y capacidad para tomar decisiones de manera autónoma en el ámbito de sus competencias; y la selección adecuada del delegado.

[349](#) Hay que distinguir en este ámbito, sin embargo, los casos en que el empresario delega en un encargado o en un técnico de prevención de riesgos laborales (que sí ostentarían la posición de garante) y los supuestos en que designa para llevar a cabo la actividad preventiva a uno o varios trabajadores (que no son garantes). Y ello porque, como dice L. DEL RÍO MONTESDEOCA (*Responsabilidades penales de los técnicos en prevención de riesgos laborales*, Albacete, Bomarzo, 2006, p. 9), «(l)os trabajadores designados por el empresario para ocuparse de tareas preventivas no son propiamente técnicos en prevención de riesgos laborales, siendo más bien vigilantes de seguridad sin funciones ejecutivas».

[350](#) Así también J. M. SILVA SÁNCHEZ, «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas», *cit.*, pp. 15-16; P. GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, *cit.*, p. 93; E. NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa*, *cit.*, pp. 199-201; R. ROBLES PLANAS, «Participación en el delito e imprudencia», *cit.*, pp. 246-247; I. MEINI, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, *cit.*, p. 383; E. PEÑARANDA RAMOS, «Autoría y participación en la empresa», en J. R. Serrano-Piedecabras/ E. Demetrio Crespo (dir.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Madrid, Colex, 2008, pp. 182-183; J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Delitos contra la vida y seguridad en el trabajo: autoría y participación (análisis de supuestos)», *cit.*, p. 85; E. DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, *cit.*, pp. 106-107; R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, *cit.*, p. 60; L. DEL RÍO MONTESDEOCA, *Siniestralidad laboral: comisión por omisión y peligro concreto*, *cit.*, p. 42.

[351](#) Así, por ejemplo, C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, *cit.*, p. 515.

[352](#) C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, *cit.*, p. 535. Más extensamente sobre las obligaciones de vigilancia del empresario delegante a que da lugar su posición de garante residual o secundaria, I. MEINI, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, *cit.*, pp. 384-401.

[353](#) Así también, expresamente, E. NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa*, *cit.*, p. 201; E. DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, *cit.*, p. 108.

[354](#) Así también R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, *cit.*, p. 60.

[355](#) No parece correcta por ello la teoría (minoritaria en España) que identifica la comisión por omisión con la mera infracción del deber en el ámbito de la propia competencia, con independencia de su concreta relación con el hecho. En este sentido también, J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 41.

[356](#) Véanse, entre otras, la STS 1061/2009, de 26 de octubre, la STS 17/2017, de 20 de enero, o la STS 482/2017, de 28 de junio. En efecto, aunque algunos autores hablan de «causalidad de la omisión», la omisión no puede ser entendida como componente causal de ningún resultado, ya que la causalidad exige la puesta en marcha de una fuerza desencadenante que por definición falta en la omisión. En contra de la exigencia de causalidad o de causalidad hipotética en la omisión impropia se muestra D.-M. LUZÓN PEÑA, «Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación», *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 6 (2017), pp. 155-167.

[357](#)Así, por ejemplo, S. MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, 9ª ed. a cargo de Gómez Martín, Barcelona, Editorial Reppertor, 2011, p. 336. En contra, considerando que lo correcto no es intentar establecer lo que habría ocurrido de haberse realizado la acción omitida, sino, por el contrario, la peligrosidad de la omisión misma, es decir, si la omisión, en comparación con la acción omitida, ha incrementado o no el riesgo de producción del resultado. Véase M. J. RODRÍGUEZ MESA, *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, cit., pp. 140-144.

[358](#)Así también F. MUÑOZ CONDE/ M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte general*, cit., p. 258.

[359](#)Aunque partiendo de un punto de partida diferente (la causalidad no es requisito de la omisión impropia), realiza una interesante revisión de los requisitos de la imputación objetiva en la comisión por omisión D.-M. LUZÓN PEÑA, «Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación», cit., pp. 167-175.

[360](#)Lo que permite diferenciar las omisiones constitutivas de meras infracciones administrativas de aquellas que, por crear un riesgo grave, pueden dar lugar a la intervención penal.

[361](#)Porque, también en el ámbito de la seguridad en el trabajo, hay que admitir ciertos riesgos que son inevitables o que se aceptan por su beneficio social, si se mantienen dentro de unos límites.

[362](#)Sobre los requisitos que han de darse para que se excluya la imputación objetiva y en general sobre la autopuesta en peligro del trabajador, véase L. DEL RÍO MONTESDEOCA, *Los delitos de homicidio y lesiones imprudentes en el ámbito laboral. En especial la autopuesta en peligro del trabajador*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 70-103. Pero, en cualquier caso, la existencia de consentimiento en el riesgo tendría virtualidad en los delitos de resultado lesivo de homicidio o lesiones imprudentes, que protegen bienes jurídicos individuales, no en el posible delito de peligro de los arts. 316 o 317 Cp, que protegen bienes jurídicos colectivos, no disponibles por el trabajador (R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, cit., pp. 95-96).

[363](#)Como recoge De Vicente, la jurisprudencia suele diferenciar tres tipos de supuestos: a) casos en que, aunque haya habido una autopuesta en peligro por parte del trabajador, esta es irrelevante en la causa del accidente, siendo el resultado por tanto imputable al riesgo creado por el empresario o encargado; b) casos en que el resultado se debe exclusivamente al riesgo creado libremente por el trabajador, en los que no cabe la imputación objetiva; y c) casos en los que en el resultado lesivo concurren el riesgo creado por el empresario y el riesgo creado por el trabajador, en los que la jurisprudencia a veces ha degradado la imprudencia del empresario a leve (tras la reforma de 2015 tendría que ser a imprudencia menos grave) o ha disminuido la cuantía de la indemnización (R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, cit., pp. 98-99). En contra de esta clase de distinciones parece posicionarse, sin embargo, Terradillos, cuando afirma que «ni la aceptación --siempre bajo sospecha-- de la ilegal situación de riesgo por parte del trabajador, ni sus descuidos permiten compensar la imprudencia originaria del deudor de seguridad». J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Los delitos contra la vida y salud de los trabajadores: diez años de vigencia (diez cuestiones controvertidas en los tribunales)», en J. M. Terradillos Basoco/ M. Acale Sánchez/ R. M. Gallardo García, *Siniestralidad laboral: Un análisis criminológico y jurisprudencial*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2006, p. 75.

[364](#)Desde esta interpretación del delito de omisión impropia, que es en mi opinión la más correcta, el art. 11 Cp, al exigir expresamente la equivalencia «según el sentido del texto de la Ley» entre la causación activa y la comisión por omisión, estaría aceptando que la mera posición de garante no convierte en autor a quien omite evitar un resultado y, con ello, que no todo garante es necesariamente autor del resultado producido. Y si esto es así, nada impediría afirmar que cabe también responsabilidad por participación en comisión por omisión. Por el contrario, para el sector de la doctrina que basa el delito de omisión impropia en la mera infracción del deber, quien ostenta la posición de garante frente a un bien jurídico y no evita la producción del resultado típico será

siempre responsable penalmente de dicho resultado como autor, sin que quepa distinguir diferentes niveles de penalidad. Véase una exposición y crítica de este punto de vista en E. DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, cit., pp. 73-80 y 169-172.

[365](#)J. DE VICENTE REMESAL, «Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de la persona física (directivo, representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control», cit., p. 180.

[366](#)Así también, por ejemplo, J. DE VICENTE REMESAL, «Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de la persona física (directivo, representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control», cit., p. 181. En contra, afirmando que cabe la complicidad en comisión por omisión cuando alguien favorece omisivamente la comisión por omisión de otro sin llegar a dominar el hecho, aunque el cómplice no tenga posición de garante, D.-M. LUZÓN PEÑA, «Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación», cit., pp. 266-267. En mi opinión, sin embargo, el principio de legalidad impide castigar penalmente (como autor o como partícipe) a quien no cumple los requisitos del art. 11, que claramente exige posición de garantía.

[367](#)C. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 343.

[368](#)C. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, cit., p. 345. Partiendo de que la causalidad hipotética no juega ningún papel en la comisión por omisión, sostiene por ejemplo Rodríguez Mesa la opinión contraria a la expresada en el texto, entendiendo que solo cabe que el garante omitente responda como partícipe cuando a) el compromiso del garante va referido a la contención del riesgo derivado de un partícipe en hecho ajeno; o b) es un *extraneus* en un delito especial (M. J. RODRÍGUEZ MESA *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, cit., pp. 186-190).

[369](#)La jurisprudencia admite en ocasiones que cabe distinguir entre autoría y participación en la omisión impropia. Véase al respecto, por ejemplo, la STS 482/2017, de 28 de junio (en un caso por homicidio en comisión por omisión imprudente), según la cual: «Comisión por omisión en grado de autoría existirá cuando pueda formularse un juicio de certeza, o de probabilidad rayana en la misma, sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado. Comisión por omisión en grado de complicidad existirá, por su parte, cuando el mismo juicio asegure que la acción omitida habría dificultado de forma sensible la producción del resultado, lo que equivaldría a decir que la omisión ha facilitado la producción del resultado en una medida que se puede estimar apreciable».

[370](#)En sentido similar, J. M. SILVA SÁNCHEZ, «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas», cit., pp. 17-18; y P. GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, cit., p. 94.

[371](#)En efecto, en este tema la doctrina parece centrarse a veces en exceso en los criterios de determinación de la posición de garante y de las posibilidades de evitación del resultado, objetivando la responsabilidad penal y olvidando que también es preciso constatar la tipicidad subjetiva de la conducta (en este sentido, E. DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, cit., p. 167).

[372](#)Tras la entrada en vigor de esta reforma, solo se prevén como delitos el homicidio por imprudencia grave o menos grave (art. 142 Cp), las lesiones de los arts. 147, 149 y 150 causadas por imprudencia grave (art. 152.1 Cp) y las lesiones de los arts. 149 o 150 causadas por imprudencia menos grave (art. 152.2 Cp). Sobre las clases de imprudencia en este ámbito tanto antes como después de la reforma de 2015, véase L. DEL RÍO MONTESDEOCA, *Los delitos de homicidio y lesiones imprudentes en el ámbito laboral. En especial la autopuesta en peligro del trabajador*, cit.,

pp. 110-121. Por otro lado, a menudo en este contexto habrá que apreciar imprudencia grave profesional. Sobre la profesionalidad, como característica de la imprudencia grave, véase J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, cit., pp. 47-50.

[373](#)Así ya, por ejemplo, en relación a las lesiones por imprudencia en el ámbito laboral, A. BAYLOS/ J. TERRADILLOS (*Derecho penal del trabajo*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 1997, p. 113): «De este modo, puede afirmarse que se ha infringido la norma de cuidado cuando, omitiendo el deber de examen previo, no se ha advertido la presencia del peligro (deber de cuidado interno) o cuando se viola el deber de adecuar el propio comportamiento externo a la norma de cuidado previamente advertida...».

[374](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Homicidio y lesiones por imprudencia. Imprudencia profesional. Concurrencia de culpas», *Cuadernos de Derecho judicial*, 15 (2005), p. 423. Más extensamente sobre cómo se concreta la infracción del deber de cuidado por parte del empresario en el ámbito laboral, L. DEL RÍO MONTESDEOCA, *Los delitos de homicidio y lesiones imprudentes en el ámbito laboral. En especial la autopuesta en peligro del trabajador*, cit., pp. 14-37.

[375](#)Así expresamente L. DE OLIVEIRA MONTEIRO, *La autoría mediata en los delitos imprudentes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 76-77 y 95-101.

[376](#)La doctrina mayoritaria coincide en afirmar que sí cabe distinguir entre autor y partícipe en los delitos imprudentes igual que en los dolosos, aunque discrepan respecto a si dicha participación es típica (así, por ejemplo, R. ROBLES PLANAS, «Participación en el delito e imprudencia», cit., pp. 239-241), atípica (así, entre otros, J. M. SILVA SÁNCHEZ, «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas», cit., p. 18; E. DEL CASTILLO CODES, *La imprudencia: autoría y participación*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 209) o típica en unos supuestos sí y otros no (así por ejemplo S. MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, cit., p. 386, y L. DE OLIVEIRA MONTEIRO, *La autoría mediata en los delitos imprudentes*, cit., pp. 333-340, quienes la admiten en los casos de cooperación necesaria o inducción, pero no en los de complicidad). Por último, existe también un sector doctrinal que entiende que la distinción entre autoría y participación solo rige en los delitos dolosos (así por ejemplo J. CEREZO MIR, *Obras Completas I, Derecho penal, Parte general*, Lima, Ara Editores, 2006, p. 1108; L. DEL RÍO MONTESDEOCA, *Los delitos de homicidio y lesiones imprudentes en el ámbito laboral. En especial la autopuesta en peligro del trabajador*, cit., 2017, p. 42), mientras que para los delitos imprudentes habría que aplicar un concepto unitario de autor (postura que, aunque no se defiende expresamente, es la que aplica a menudo en la práctica la jurisprudencia).

[377](#)En efecto, a pesar de los serios intentos de Luzón Peña y Díaz y García Conlledo por adaptar la teoría del dominio del hecho a las particularidades del delito imprudente a través del criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho, lo cierto es que dicho criterio no está muy extendido en la doctrina y menos aún en la jurisprudencia española. Véanse al respecto D.-M. LUZÓN PEÑA, *Derecho penal de la circulación. Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2ª ed., Barcelona, PPU, 1990, pp. 105-133; y M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991, pp. 688-696, y en «Dominio funcional, determinación positiva y objetiva del hecho y coautoría», en J. M. Silva Sánchez (edit.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1995, pp. 305-307.

[378](#)En el mismo sentido de calificar la conducta del delegante como participación en el delito cometido por el delegado en comisión por omisión, pero considerando dicha participación punible, se manifiesta R. ROBLES PLANAS, «Participación en el delito e imprudencia», cit., pp. 246-247.

[379](#)Cuando me invitaron a participar en el Libro Homenaje del Profesor Juan Terradillos Basoco, empecé a recordar cuando lo conocí. Fue en julio de 1991, en San Roque, en los Cursos de Verano de la Universidad de Cádiz. Cursaba entonces tercero de derecho, en la UAB, y había descubierto el derecho penal de la mano de mi maestra, la Profesora Mercedes García Arán, gran amiga de Juan. Después de aquel encuentro, siguieron muchos otros, pues en mi Universidad empezamos a organizar

congresos de alumnos de derecho penal, en los que su presencia era indiscutible, lo mismo presentaba una ponencia sobre insumisión y objeción de conciencia, pasando por la financiación de los partidos políticos, para acabar hablando de terrorismo. Fue entonces cuando descubrí una inquietud intelectual y una sabiduría jurídica fuera de toda duda, su comunicación no verbal, su hablar pausado y seguro, y que, aunque no le gustaba bailar, cuando íbamos a la emblemática sala de baile «La Paloma» de Barcelona, calmaba su sed con un buen Gin tonic. Gracias Juan por tu amistad y tu cariño.

[380](#)Preámbulo (XXXI) de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

[381](#)En contra de lo anunciado en la Exposición de Motivos de la Ley, M. CUGAT MAURI («La discutible bondad de la supresión del Libro III», *Cuadernos de Política Criminal*, 113 (2014), p. 197) señala que «la supresión del Libro III no comportará una reducción significativa del volumen de infracciones veniales, como tampoco de la carga de trabajo de los Jueces de Instrucción», al mantenerse en el Código las denominadas «faltas delictuales», como delitos leves.

[382](#)Memoria de la FGE, Madrid, 2016, [#sdfootnote383anc" _mce_href="#sdfootnote383anc" name="sdfootnote383sym"383](#)SAP de Barcelona, 873/2016, de 18 de febrero, Fundamento Jurídico Séptimo.

[384](#)STS 1415/2011, de 23 de diciembre.

[385](#)En los mismos términos, las SSTs de 27 de octubre de 2009, 28 de junio de 2013 y de 19 de diciembre de 2013.

[386](#)Circular 4/2011, «Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de siniestralidad laboral», pp. 32 y ss.

[387](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Homicidio y lesiones por imprudencia. Imprudencia profesional. Concurrencia de culpas», en *Siniestralidad laboral y derecho penal*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, (2005), pp. 426 y ss.; del mismo, *La siniestralidad laboral como delito*, Albacete, Bomarzo, 2006, pp. 108 y ss.

[388](#)E. RAMÓN RIBAS, «La responsabilidad personal por impago de multa», en G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, 1ª ed., Navarra, Aranzadi, 2015, p. 119.

[389](#)Disposición Final Segunda, Ocho (Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprobaba la Ley de Enjuiciamiento Criminal), de la LO 1/2015, *cit.*

[390](#)P. LANZAROTE MARTÍNEZ, «El nuevo delito de imprudencia menos grave en la reforma del Código Penal de 2015», *Diario La Ley*, 8600 (2015), p. 7.

[391](#)Circular 3/2015, sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por LO 1/2015, p. 30.

[392](#)Exposición de Motivos (XXXI) de la LO 1/2015, *cit.*

[393](#)P. LANZAROTE MARTÍNEZ, «El nuevo delito de imprudencia menos grave en la reforma del Código Penal de 2015», *cit.*, p. 8. En este sentido se pronuncia A. J. MUÑOZ MARÍN, «La imputación imprudente del resultado en los delitos contra los derechos de los trabajadores: supuestos de imprudencia menos grave», https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Mu%C3%B1oz%20Mar p. 4.

[394](#)M. MARTÍN SANTOS, «La nueva regulación de la imprudencia en el Código Penal tras la reforma operada por LO 1/2015 de 30 de marzo. La imprudencia menos grave»,

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ponencia%20Mart%C3%ADn%20San p. 27; P. LANZAROTE MARTÍNEZ, «El nuevo delito de imprudencia menos grave en la reforma del Código Penal de 2015», *cit.*, p. 8.

[395](#)A. DOVAL PAIS, «Homicidios y lesiones por imprudencia: evolución, nuevo régimen y límites», *La Ley Penal*, 119 (2016), p. 8.

[396](#)A. DOVAL PAIS, «El nuevo régimen penal de las imprudencias menos graves y leves», en G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, 1ª ed., Navarra, Aranzadi, 2015, p. 338.

[397](#)En este sentido se pronuncia P. LANZAROTE MARTÍNEZ, («El nuevo delito de imprudencia menos grave en la reforma del Código Penal de 2015», *cit.*, pp. 9-10), al señalar que «la imprudencia menos grave sería una imprudencia de grado medio».

[398](#)DICTAMEN 2/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal. Los nuevos conceptos de imprudencia grave y menos grave de los arts. 142 y 152 CP y su incidencia en la actuación especializada del MF para una efectiva protección penal de la seguridad vial, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/DICTAMEN%202.2016%20IMPRUD p. 18. SSAP de Madrid 789/2015, de 7 de diciembre, y 561/2015, de 4 de septiembre, ambas de la Sección 23ª.

[399](#)DICTAMEN 2/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial, *cit.*, p. 18. SAP de Madrid 865/2015, de 19 de octubre, Sección 2ª.

[400](#)DICTAMEN 2/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial, *cit.*, p. 18. SSAP de Cáceres 33/2016, de 22 de febrero, y 13/2016, de 20 de enero, ambas de la Sección 2ª.

[401](#)DICTAMEN 2/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial, *cit.*, pp. 64 y ss.

[402](#)DICTAMEN 2/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial, *cit.*, p. 23.

[403](#)M. MARTÍN SANTOS, «La nueva regulación de la imprudencia en el Código Penal tras la reforma operada por LO 1/2015 de 30 de marzo. La imprudencia menos grave», *cit.*, p. 30; A. J. MUÑOZ MARÍN, «La imputación imprudente del resultado en los delitos contra los derechos de los trabajadores: supuestos de imprudencia menos grave», *cit.*, p. 4.

[404](#)M. MARTÍN SANTOS, «La nueva regulación de la imprudencia en el Código Penal tras la reforma operada por LO 1/2015 de 30 de marzo. La imprudencia menos grave», *cit.*, p. 33; A. J. MUÑOZ MARÍN, «La imputación imprudente del resultado en los delitos contra los derechos de los trabajadores: supuestos de imprudencia menos grave», *cit.*, p. 29.

[405](#)Véase, por todos, J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Homicidio y lesiones por imprudencia. Imprudencia profesional. Concurrencia de culpas», *cit.*, pp. 431 y ss.; del mismo, *La siniestralidad laboral como delito*, *cit.*, pp. 114 y ss. Realiza un análisis de las diferentes posiciones doctrinales, I. OLAIZOLA NOGALES, «Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 316 y 317 CP) y su relación con los resultados lesivos», *Indret*, 2 (2010), pp. 31 y ss.

[406](#)Véase las referencias jurisprudenciales recogidas en, A. J. MUÑOZ MARÍN, «La imputación imprudente del resultado en los delitos contra los derechos de los trabajadores: supuestos de imprudencia menos grave», *cit.*, pp. 25 y ss.

[407](#)A. J. MUÑOZ MARÍN, «La imputación imprudente del resultado en los delitos contra los derechos de los trabajadores: supuestos de imprudencia menos grave», *cit.*, pp. 44 y ss.

[408](#)M. MARTÍN SANTOS, «La nueva regulación de la imprudencia en el Código Penal tras la

reforma operada por LO 1/2015 de 30 de marzo. La imprudencia menos grave», *cit.*, p. 31.

[409](#)M. MARTÍN SANTOS, «La nueva regulación de la imprudencia en el Código Penal tras la reforma operada por LO 1/2015 de 30 de marzo. La imprudencia menos grave», *cit.*, p. 30.

[410](#)A. DOVAL PAIS, «Homicidios y lesiones por imprudencia: evolución, nuevo régimen y límites», *cit.*, p. 8; del mismo, «El nuevo régimen penal de las imprudencias menos graves y leves», *cit.*, pp. 338 y ss.

[411](#)Véase un estudio detallado de las consecuencias de estos nuevos delitos leves en, M. CUGAT MAURI, «La discutible bondad de la supresión del Libro III», *cit.*, pp. 188 y ss.

[412](#)En este sentido se pronuncia la Circular de la Fiscalía General 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por LO 1/2015, al señalar que «*en el nuevo ordenamiento lo que acredita la levedad de la infracción es el umbral de la cuantía o duración de la pena que tiene asignada, no su techo, de tal manera que si el límite mínimo se sitúa en la cuantía o tiempo previstos en el art. 33.4, el delito es leve, aunque el límite máximo de la pena asignada se prolongue hasta el tramo reservado en el art. 33.3 CP a su modalidad menos grave*», p. 5.

[413](#)M. MARTÍN SANTOS, «La nueva regulación de la imprudencia en el Código Penal tras la reforma operada por LO 1/2015 de 30 de marzo. La imprudencia menos grave», *cit.*, pp. 17 y ss.

[414](#)Memoria de la FGE, Madrid, 2016, *cit.*, p. 427.

[415](#)El art. 130 CP recoge los supuestos por los que se extingue la responsabilidad criminal, el apartado 5º dispone: «*Por el perdón del ofendido, cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias del agraviado o la ley así lo prevea (...)*».

[416](#)M. MARTÍN SANTOS, «La nueva regulación de la imprudencia en el Código Penal tras la reforma operada por LO 1/2015 de 30 de marzo. La imprudencia menos grave», *cit.*, pp. 19 y ss.

[417](#)Mª J. CUENCA GARCÍA, «Limitaciones del derecho penal en la prevención de los delitos contra los derechos de los trabajadores», en M. García Arán (Dir.), *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 180 y ss.

[418](#)Preámbulo (XXXI) de la LO 1/2015, *cit.*

[419](#)Circular de la Fiscalía General 1/2015, *cit.*, p. 23.

ÍNDICE:

I. ESTUDIOS DE PARTE GENERAL

1. La investigación en Derecho penal

Investigar en derecho penal: las enseñanzas de un Maestro

Esther Hava García

Hacia una dogmática jurídico penal como sistema abierto

María José Rodríguez Mesa

Contexto, interdisciplinariedad y dogmática penal

Diana Patricia Arias Holguín

La implantación de los estudios oficiales de criminología en España

José Luis Díez-Ripollés

Derecho Penal y Psiquiatría. De cómo una psiquiatra se aventuró por el mundo penal y criminológico siguiendo al Prof. Terradillos

Julia Cano Valero

Diversidad cultural y Derecho penal

Guillermo Portilla Contreras

Reformas penales y gobernar a través del delito: el caso peruano

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Bienes jurídicos, valores y derechos: satisfacción de necesidades y lucha por el reconocimiento

Mercedes Alonso Álamo

Derecho penal y utopía garantista: una visión latinoamericana

Juan Oberto Sotomayor Acosta

Notas básicas sobre la autoría a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP español): Autoría y significado específico del hecho

Carlos Martínez-Buján Pérez

Sobre la interpretación en Derecho Penal

Iván Meini

2. Evolución histórica de la Ciencia del Derecho penal

Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura

Francisco Muñoz Conde

Metamorfosis del Derecho penal del Estado de Derecho

Eduardo Demetrio Crespo

La Ilustración hispana frente al encierro punitivo: la obra de Lardizábal en su discípulo Joseph

Marcos Gutiérrez

Alejandro W. Slokar

1917: La Constitución del Estado social y democrático de derecho en México

Luis Arroyo Zapatero

3. Constitución y ley penal: la imposible convergencia

Exigencias normativas de legitimidad en la ley penal. Constitución y teoría de la legislación penal

Gloria González Agudelo

Los tipos de omisión impropia y el principio de legalidad estricta

Luis Fernando Niño

4. Política y Derecho penal en Europa

¿El Brexit es un reto para la política criminal de la Unión Europea?

María Acale Sánchez

El proceso de integración penal europea

José Luis de la Cuesta Arzamendi

Cultura política de la UE y racionalidades penales nacionales: Reflexiones sobre la penalidad migratoria

José Ángel Brandariz García

El paradigma de la privación de libertad de solicitantes de protección internacional en Europa: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. el Derecho de la Unión Europea

Esther Pomares Cintas

Abusos de mercado y Derecho penal: España e Italia frente al impulso europeo

Adán Nieto Martín

Luigi Foffani

5. Peligrosidad social y Estado de Derecho

A vueltas con el Derecho penal de la peligrosidad

Rafael Rebollo Vargas

Los disfraces de la peligrosidad (la pena del delito común contra la propiedad)

Raúl Zaffaroni

Los «anormales» y su discriminación penal

Nicolás García Rivas

6. Consecuencias jurídicas del delito

¿Penas o medidas?: del garantismo a la confusión

Mercedes García Arán

El castigo de la delincuencia económica y el riesgo de derecho penal de autor

Gonzalo Quintero Olivares

Nuevas tendencias penológicas: hacia la penología del control

Borja Mapelli Caffarena

La prisión permanente revisable: crónica de una derogación anunciada

María del Mar Martín Aragón

7. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

El órgano de cumplimiento en la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: indefiniciones y precisiones

Norberto J. de la Mata Barranco

La conveniencia de la responsabilidad penal de los partidos políticos

Joan Baucells Lladós

Sobre las inconcebibles naturaleza y función penales y sancionatorias de las erróneamente denominadas «penas», medidas de seguridad «penales» u otra especie de sanciones «penales» aplicables a personas jurídicas

Luis Gracia Martín

8. Justicia penal de transición, impunidad y memoria

Ley de Amnistía. Cuarenta años después

Araceli Manjón-Cabeza Olmeda

II. ESTUDIOS DE PARTE ESPECIAL

1. El Derecho penal de la Globalización

Violencia e impunidad: Examen al Estado

Arturo Ventura Püschel

Francisco Javier Álvarez García

La violencia como elemento del delito de rebelión

Miriam Cugat Mauri

Delimitación de las modalidades de conducta en el delito de atentado: el significado de agredir, acometer y oponer resistencia

María del Mar Carrasco Andrino

Francisco Javier Álvarez García

Actualizar la prohibición del genocidio y las masacres

Ramón Sáez Valcárcel

Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de Derechos Humanos en el marco del Derecho penal internacional

Ana Isabel Pérez Cepeda

Derecho penal y exclusión social. El «top manta» en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial

Margarita Martínez Escamilla

La protección penal del crédito después de la crisis económica

Hernán Hormazábal Malarée

La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis. Análisis jurisprudencial

Juan Muñoz Sánchez

Regulación del cannabis: aportes político-criminales para la construcción de alternativas al modelo prohibicionista de control de las drogas

Diego Silva Forné

2. Corrupción

Corrupción pública en Latinoamérica

Fabián Luis Riquert

Crimen organizado, corrupción y responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú

José Ugaz S. M.

El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la Administración pública y por soborno transnacional en el debate parlamentario argentino de 2017

Carlos Julio Lascano

Delito de «cohecho electoral»

Lorenzo Morillas Cueva

«Rendición de cuentas y transparencia» como instrumentos de lucha contra la corrupción de los partidos políticos

M^a José Rodríguez Puerta

3. Derecho penal económico y de la empresa

La protección penal del consumidor digital

Luis Ramón Ruiz Rodríguez

El fantasma del administrador de hecho y otras cuestiones fundamentales en los delitos societarios

José Manuel Ríos Corbacho

Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal colombiano

Fernando Velásquez Velásquez

Valoración de la vigente tutela penal de la propiedad intelectual tras la reforma del Código de 2015

Luis Rodríguez Moro

La vigencia de la categoría delito de cuello blanco cuando los delitos socioeconómicos se comenten en contextos normalizados

Laura Zúñiga Rodríguez

Estafa y fraude de subvenciones: una revisión de sus relaciones concursales

M^a del Carmen Gómez Rivero

¿Nueva alternativa a la pena en materia penal tributaria y previsional en Argentina?

Marcelo A. Riquert

Delito de defraudación tributaria y blanqueo de capitales. Reflexiones en supuestos de regularización tributaria con efectos penales

Fermín Morales Prats

El paralelismo procedimental en la persecución del delito de defraudación tributaria

Juan Carlos Ferré Olivé

4. Delitos patrimoniales

A vuelta con el principio de proporcionalidad, de «non bis in idem» y la multirreincidencia en el delito de hurto: Análisis de la STS 481/2017, de 28 de junio

Carmen Salinero Alonso

5. Derecho penal del trabajo

Contextualizando el «Derecho Penal del Trabajo»

Antonio Baylos Grau

El empresario, principal sujeto obligado a garantizar un medio de trabajo seguro y saludable

Joaquín Aparicio Tovar

¿Existió alguna vez un verdadero Derecho penal del trabajo?

Manuel Jesús Dolz Lago

Derecho penal del trabajo en Colombia

Alfonso Cadavid Quintero

Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa?

Eduardo Ramón Ribas

Pesca ilegal y contratación de trabajadores extranjeros: la Sentencia Varepi

Inma Valeije Álvarez

Proxenetismo lucrativo: ¿una modalidad diferente de explotación laboral?

Beatriz Cruz Márquez

A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?

Ignacio F. Benítez Ortúzar

El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo

Fernando Navarro Cardoso

¡Se acabaron las mayorías absolutas parlamentarias! Una crónica política hacia la descriminalización del ejercicio del derecho de huelga

Rosario de Vicente Martínez

La conducta típica del delito de coacciones a la huelga (art. 315.3 CP)

Bárbara San Millán Fernández

La técnica de tipificación y su relación con la aplicación de los delitos que protegen la vida y la salud de los trabajadores

Cristina Méndez Rodríguez

Disfunciones del sistema judicial en el ámbito penal de la siniestralidad laboral

María Revelles Carrasco

La siniestralidad laboral como delito: consecuencias aplicativas

Rosa M. Gallardo García

Siniestralidad laboral y responsabilidad penal por delitos contra la vida o la salud cometidos en comisión por omisión imprudente en el ámbito empresarial

Carmen López Peregrín

La incidencia de la «nueva» imprudencia menos grave en la siniestralidad laboral

M^a José Cuenca García

6. El delito de inmigración ilegal y la trata de personas

El CP español como paradigma del Derecho de la «crimigración»

Diego Boza Martínez

Reconocimiento del derecho de asilo en España a mujeres víctimas de violencia de género

María del Rosario Gómez López

Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres humanos

María Luisa Maqueda Abreu

7. Protección penal del medio ambiente: luces y sombras

La red para la protección ambiental en el Código penal tras la reforma de 2015: los resultados típicos

Paz M. de la Cuesta Aguado

El medio ambiente y la necesidad de coordinación policial como medio de investigación

Antonio Vercher Noguera

Incertidumbre científica y certeza jurídica. La plasmación del Principio --medioambiental-- de precaución en Derecho penal

Mariana N. Solari Merlo

Protección penal del medio ambiente en la Unión Europea. Luces y sombras

Maria Marquès i Banqué

Compliance ambiental: aspectos esenciales, a la luz de la reforma penal de LO 1/2015, de 30 de marzo

Elena M. Górriz Royo

8. Ideología y valores religiosos en el Código Penal

Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados

Patricia Laurenzo Copello

9. Terrorismo y Derecho

El terrorismo global yihadista: ¿Límites a un derecho penal exagerado?

Juan Carlos Campo Moreno

Reflexiones sobre el terrorismo: del terrorismo nacional al terrorismo global

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

La dimensión política del terrorismo

Carmen Lamarca Pérez

Terrorismo: entre el derecho penal y la seguridad nacional

Antonio M. Díaz Fernández

Contraterrorismo

José L. González Cussac

Inteligencia y contrainteligencia en Chile. El monopolio de la violencia estatal frente al terrorismo y sus distorsiones

Myrna Villegas Díaz

Cristian Parada Bustamante

Reflexiones actuales sobre la lucha contra el terrorismo

Miguel Ángel Núñez Paz

Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal

María Luisa Cuerda Arnau

Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»

Juan Carlos Carbonell Mateu

Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos «Cesar Strawberry» y «Cassandra Vera»

Fernando Miró Llinares

De la prevención del blanqueo de capitales a la de la financiación del terrorismo

Patricia Faraldo Cabana

III. ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL

La reparación de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el Derecho Penal

Octavio García Pérez

Sobre los altos tribunales y la «mística» de la inmediatez

Perfecto Andrés Ibáñez

Audiencias tempranas y justicia restaurativa en el campo penal juvenil en Costa Rica

Álvaro Burgos

Documento TOL6.932.373

Doctrina

Título: LIBER AMICORUM. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco

Autores: [Paz M. de la Cuesta Aguado](#), [Antonio Vercher Noguera](#), [Elena M. Górriz Royo](#), [Diego Boza Martínez](#), [María Luisa Maqueda Abreu](#), [Mariana N. Solari Merlo](#), [María Marqués i Banqué](#)

Fecha: 11/2018

Número epígrafe: 14

Título epígrafe: Capítulo 14. El delito de inmigración ilegal y la trata de personas

TEXTO:

6. El delito de inmigración ilegal y la trata de personas

El CP español como paradigma del Derecho de la «crimigración»

Diego Boza Martínez

Profesor Sustituto Interino de Derecho Penal. Acreditado Contratado Doctor

Universidad de Cádiz

La complejidad del fenómeno migratorio, la potenciación de políticas de control en detrimento de las de integración y la inidoneidad de los medios legales de tutela de una población a la que su triple condición de pobre, extranjero e irregular hace especialmente indefensa, no pueden tener otra consecuencia que la marginación del inmigrante ¹

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de « *crimigración* » (*crimmigration*) fue acuñado por la doctrina estadounidense a principios del siglo XXI ². En un primer momento este concepto surge en relación con el ámbito jurídico puesto que con la fórmula *crimmigration law* se pretendía poner de relieve el proceso de convergencia entre el Derecho penal (*criminal law*) y el Derecho migratorio (*immigration law*). El juego de palabras incidía en una interconexión que se plasmaba en un doble fenómeno. Por un lado, la criminalización del proceso migratorio y, por otro, el sometimiento del Derecho penal a los principios de la política migratoria y sus estructuras administrativas ³.

En etapas posteriores, el término *crimigración* ha superado el espacio meramente jurídico para hacer referencia a procesos de criminalización de inmigrantes desde el punto de vista del diseño y ejecución de las políticas públicas ⁴ o en el análisis de la perspectiva mediática ⁵.

En España, sin embargo, este vocablo no ha sido utilizado por la doctrina hasta muy recientemente y por un número muy limitado de autores ⁶. No obstante, años antes de que la profesora STUMPF acuñara el término, ya el profesor TERRADILLOS había marcado el perfil de la *crimigración* y su influencia en el marco normativo español. En efecto, en su aportación a *Serta*, el libro en memoria de Alessandro BARATTA, el profesor TERRADILLOS destacaba tanto la intensificación de la intervención punitiva en el ámbito migratorio que conllevaba la criminalización de los inmigrantes como el sacrificio « *en el altar de la política migratoria comunitaria (de) los principios básicos del sistema penal* » ⁷.

Precisamente, en esta pequeña contribución al homenaje al profesor TERRADILLOS, se pretende evidenciar la confusión del plano migratorio y el plano penal en el Código penal español que se ha acentuado con la reforma introducida mediante la LO 1/2015. Para ello, se pondrá el foco en los dos aspectos que ya indicó, con su habitual perspicacia, el profesor TERRADILLOS hace más de una

década: la criminalización del propio proceso migratorio en su pretendida tutela de los migrantes y la sumisión de la norma penal a los designios de la política migratoria en la respuesta penal frente al inmigrante que delinque.

II. LA CRIMINALIZACIÓN DE LA MIGRACIÓN: EL ARTÍCULO 318 BIS CP

La tutela de los derechos de los ciudadanos extranjeros, lesionados o puestos en peligro, en el marco de los procesos migratorios irregulares, ha sido la pátina con la que el legislador ha tratado de dar cobertura legitimadora a una deriva punitivista contra el inmigrante irregular⁸: « *El objetivo proclamado, en línea con las exigencias comunitarias, es acabar con el fomento y explotación de la inmigración irregular, pero también con la propia inmigración irregular* »⁹.

Bien es cierto que el sistema español no ha optado, como sí han hecho sus homólogos italiano o francés, por incorporar la propia inmigración irregular como delito. Esta conducta ha sido mantenida dentro del ámbito administrativo. No obstante, la consecuencia que el ordenamiento prevé para la misma, la expulsión, es, como se verá, idéntica a la que se prevé para el inmigrante que comete un delito.

La decisión de remitir al ámbito administrativo la entrada o estancia irregular se mantenía en consonancia con el marco jurídico de la UE, determinado por la Directiva Retorno¹⁰ y concretado por las SSTJUE El Dridi y Achugbian¹¹. Resultaba también consecuente esta decisión con el bien jurídico que se decía proteger a través del artículo 318 bis CP, esto es, los derechos de los ciudadanos extranjeros. Difícilmente podía justificarse que aquel que era sujeto de la tutela penal pudiera también considerarse receptor --directo-- del reproche penal.

Con todo, desde un primer momento se puso en cuestión que el tipo del artículo 318 bis CP tuviera como objetivo la tutela de los derechos de los ciudadanos extranjeros. La definición de la conducta delictiva en referencia a la entrada o permanencia irregular y no al abuso y explotación que protagoniza el traficante planteaba una contradicción con la supuesta protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros¹².

La contradicción se acentuó tras la LO 5/2010 que tipificó autónomamente el delito de trata de seres humanos, lo que dejó fuera del marco del artículo 318 bis aquellas conductas más graves en las que la antijuridicidad material, en cuanto lesión o puesta en peligro concreto de los derechos de los ciudadanos extranjeros, era más evidente. De hecho, el propio Preámbulo de la LO 5/2010 reconocía que el bien jurídico protegido en el artículo 318 bis CP pasaba a ser « *los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios* ».

Aun así, la jurisprudencia defendía el carácter pluriofensivo del delito del artículo 318 bis. Se afirmaba que confluían « *en este tipo dos clases de intereses complementarios: por un lado, el interés del Estado de controlar los flujos migratorios evitando que éstos sean aprovechados por grupos de criminalidad organizada y por otro evitar situaciones de explotación que atentan a los derechos y seguridad de las personas* »¹³.

La reforma operada por la LO 1/2015 ha dificultado esta interpretación. Con la modificación introducida se ha alejado la tipificación de la hipotética afectación de los derechos de los ciudadanos extranjeros de tal manera que el profesor TERRADILLOS ha afirmado que « *el legislador ha construido un tipo de infracción formal que burla el principio de lesividad, por cuanto la afectación a los derechos de los ciudadanos extranjeros --objeto de protección en la rúbrica del Título-- desaparece en la descripción de las conductas criminalizadas, siendo sustituida por una presunción iuris et de iure de la dañosidad que éstas comportan* »¹⁴.

Conviene recordar que esta nueva versión del artículo 318 bis, la cuarta en quince años, reproduce, prácticamente en su totalidad, el contenido del artículo 1 de la Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. En el párrafo 1 del artículo 318 bis se castiga a quien ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la UE a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo y de esta forma vulnera la legislación de extranjería mientras que en el párrafo segundo la acción típica es ayudar a « *permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros* ».

Es cierto que para el castigo a la ayuda a la permanencia irregular el artículo 318 bis.2 exige ánimo de lucro. Sin embargo, la incorporación de esta conducta de perfiles tan difusos, plantea numerosas dudas interpretativas. ¿Ayuda a la permanencia aquella persona que, a cambio de una renta mensual,

alquila una habitación a un extranjero en situación irregular? ¿Comete este delito la persona que traslada, en su vehículo y a cambio de una contraprestación económica, a un extranjero recién llegado a las costas de Motril hasta Barcelona? ¿Y el abogado que, previo pago de sus honorarios, aconseja a una persona extranjera en situación irregular qué debe hacer para poder permanecer en España y obtener, tras tres años y de acuerdo a la normativa de extranjería, su autorización de residencia?

El castigo a la ayuda a la entrada irregular, por su parte, no requiere, desde el punto de vista del tipo, ningún otro elemento. Bien es cierto que expresamente se excepcionan aquellas conductas de ayuda a la entrada irregular que tengan como única finalidad la de «prestar ayuda humanitaria». La incorporación de esta causa de destipificación respondió a una campaña desarrollada por una serie de ONGs bajo el título de «Salvemos la hospitalidad». Sin embargo, supone un elemento perturbador en la interpretación finalista del precepto. En efecto, si es necesario afirmar explícitamente que las conductas de ayuda humanitaria no pueden ser penadas, debe deducirse que, para el legislador, tales conductas sí podrían haber sido merecedoras de reproche penal. Ello implica desproveer al tipo del artículo 318 bis de cualquier valor de tutela material y confirmar su papel de tutela de un bien jurídico formal, el control de los flujos migratorios, vulnerando así el principio de lesividad.

La crítica a la protección de este bien jurídico formal puede extenderse al propio contenido del mismo ya que este control de los flujos migratorios se basa en una dicotomía falaz entre inmigración regular e irregular que el CP asume del Derecho de extranjería sin cuestionarla. La distinción entre inmigrantes regulares (buenos) e inmigrantes irregulares (malos) supone desconocer dos elementos esenciales. El primero, fáctico, relacionado con la práctica imposibilidad que encuentran aquellas personas que pretenden emigrar desde países del Tercer Mundo, especialmente del África Subsahariana, para entrar de forma regular en España. Se trata, ciertamente, de aquellas personas que menos estímulos tienen para no emigrar o, en su caso, para regresar a su país y que, por tanto, resultan de forma mayoritaria los sujetos pasivos de estas conductas.

El segundo, normativo, vinculado a la existencia de mecanismos dentro del Derecho de extranjería que permiten el tránsito de una situación a otra. Efectivamente, nuestro ordenamiento envía a la irregularidad, por ejemplo, a aquella persona extranjera cuyo empleador tiene deudas con la Seguridad Social a pesar de que esta persona cumpla el resto de exigencias necesarias para obtener o mantener su situación de regularidad en España. También contempla, en sentido contrario, los supuestos de arraigo por los que una persona extranjera en situación irregular puede encaminar su situación a la regularidad documental.

La jurisprudencia del TS tras la reforma del 2015 sigue manteniendo el carácter pluriofensivo de este tipo y exige, además de la contravención a la legislación de extranjería, una razón específica que dote a esta infracción de relevancia penal, es decir, que convierta la antijuridicidad formal en antijuridicidad material ¹⁵. Aunque sea escaso el margen que queda tras la reforma operada en 2015, la interpretación que ha de hacerse del precepto debe ser restrictiva y vinculada a los bienes jurídicos objeto de protección ¹⁶.

En todo caso, la tipificación de estas acciones junto con las penas previstas en el artículo 311 bis para quienes empleen a personas extranjeras en situación de irregularidad tiene como objetivo aislar al inmigrante irregular, como si padeciera lepra ¹⁷. Se pretende que no venga y, si ha venido, una vez aquí se quiere que regrese a su país, olvidando que los flujos migratorios responden a « causas estructurales que tienen que ver con la desigualdad económica, con la pobreza del tercer mundo, que obliga a emigrar» ¹⁸. La consecuencia es que el inmigrante en situación irregular es enviado a la marginalidad donde queda relegado a trabajar en la economía sumergida, desprendido de los mecanismos de tutela frente a sus empleadores ¹⁹, o/y a recurrir a la pequeña delincuencia patrimonial para subsistir ²⁰.

El artículo 318 bis es, en este sentido, modelo de Derecho de la *crimigración*. Supone, por un lado, la asunción por el Derecho penal de objetivos meramente de política migratoria. Además, genera un doble efecto de criminalización del inmigrante, simbólico, a través de su aislamiento por efecto de la amenaza penal a quien colabore con él, y efectivo, al conducirlo hasta la marginalidad y el ostracismo, vías preferentes hacia la criminalidad.

III. LA NORMA PENAL AL SERVICIO DE LA POLÍTICA MIGRATORIA: EL ARTÍCULO 89 CP

No sólo en el ámbito de la (supuesta) tutela de los derechos de los ciudadanos extranjeros el CP se ha

convertido en arquetipo de Derecho de la *crimigración*. También en el marco de la respuesta penal frente a la persona extranjera que delinque se pueden encontrar los perfiles descritos de esta categoría, profundizados, además, tras la reforma del año 2015.

En efecto, con distintas modificaciones normativas en cuanto a su contenido concreto, el artículo 89 CP contemplaba, desde su aprobación, la posibilidad de sustituir las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a una persona extranjera no residente legalmente en España por su expulsión. Se trataba de un precepto « *inconciliable con el principio de igualdad (...) escasamente respetuoso con los requerimientos del non bis in idem (...) e incompatible con los objetivos reinsertadores...* »²¹.

Tras la modificación del año 2015 la posibilidad de sustituir la pena, en este caso de prisión superior a un año, por la expulsión a la persona extranjera que comete un delito no se limita a aquellas personas extranjeras en situación irregular sino que se extiende a personas extranjeras con autorización de residencia e, incluso, a ciudadanos de la Unión Europea. De esta forma, se establecen dos regímenes penales diferentes por cuestiones de nacionalidad, uno para los españoles y otro para los no nacionales.

Con la regulación anterior el Derecho penal asumía las diferencias entre regularidad e irregularidad que la normativa extra-penal establecía. Sin embargo, el nuevo sistema no permite distinguir entre residentes y no residentes, ni entre residentes temporales y residentes de larga duración. La ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la sustitución de la pena de prisión por la expulsión difumina estas categorías jurídicas diferenciadas²².

Podría considerarse que esta modificación camina en el sentido de reducir la administrativización del Derecho penal al rechazar las categorías que el Derecho migratorio reconoce y conceder un tratamiento único a todas las personas extranjeras. Sin embargo, esta afirmación no puede sostenerse, esencialmente, por dos razones.

En primer lugar, porque la homogeneidad de respuesta al ampliarse el ámbito subjetivo se plantea con la aplicación generalizada de la expulsión, la sanción por antonomasia del Derecho de extranjería. En consecuencia, esta uniformidad supone una consagración del abandono absoluto de la finalidad de reinserción de la pena. Es decir, la simplificación de la respuesta penal frente a la persona extranjera que delinque, además de ser discriminatoria, supone una profundización en la renuncia de los principios fundamentales penales que sucumben ante la voluntad propia del Derecho migratorio de impermeabilizar el territorio español frente a personas que hayan desarrollado acciones delictivas.

Sin embargo, y aquí la segunda razón, tal voluntad de impermeabilización absoluta es imposible de llevar a cabo puesto que choca con las normas del Derecho de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En consecuencia, el propio artículo 89 CP tiene que contemplar en su seno una serie de excepciones subjetivas a la ampliación del ámbito personal de aplicación de la expulsión. « *Estas excepciones legales, en cuanto solo actúan en supuestos determinados, no enervan la generalidad de la regla* »²³, pero suponen la absorción por el Derecho penal de categorías propias del Derecho migratorio.

En efecto, el apartado 4 incorpora al artículo 89 CP una serie de supuestos en la que la expulsión no puede llevarse a cabo vinculados a la normativa de la UE y al CEDH²⁴. En consecuencia, si previamente a la reforma las categorías del Derecho migratorio le venían dadas al juez penal y éste sólo asumía la distinción entre la regularidad y la irregularidad, con el tenor del artículo 89 CP tras la LO 1/2015 es el propio juez penal el que tiene que asumir conceptos provenientes del Derecho migratorio e interpretarlos.

Esta situación genera una gran inseguridad jurídica en la persona extranjera que ha cometido un delito y se enfrenta a la respuesta del ordenamiento. Cuando la persona extranjera afronta un juicio penal las posibles repercusiones que esta situación tendrá en su vida van mucho más allá de la dicotomía entre condena y absolución. Ello, además, depende de factores inciertos y, en algunos casos, fuera de las propias características de la persona extranjera.

El elenco de principios penales a los que el artículo 89 CP renuncia en aras de la política migratoria es largo. Además del principio de igualdad, el de reinserción social de las penas o el de seguridad jurídica, ya mencionados, también los principios de *non bis in idem*, proporcionalidad e individualización quedan afectados. El artículo 89 CP es así otro claro ejemplo de que el ordenamiento penal español en materia de extranjería se ha construido desde la perspectiva de la

excepcionalidad²⁵ —, sometiendo sus principios a los de la política migratoria. Es decir, es otro ejemplo de Derecho de la *crimigración*.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

En el año 2004 el profesor TERRADILLOS puso de relieve la gravedad de la perspectiva que el sistema penal español estaba afrontando con respecto a la inmigración. Dispuesto siempre a analizar la norma penal sin olvidar la voluntad del legislador y de los intereses no incorporados por la norma²⁶ —, destacó una evolución que conducía a la criminalización del inmigrante y a la sumisión del Derecho penal a los objetivos de la política migratoria. Más de una década después, esa evolución se ha consolidado de tal forma que el ordenamiento penal español es un ejemplo de Derecho de la *crimigración*.

En efecto, las tendencias ya apuntadas en 2004 se han vigorizado en los últimos años, específicamente con la reforma del Código penal de 2015. Por un lado, a través del artículo 318 bis, se ha pretendido elevar a la categoría de delito conductas que, únicamente, contravienen la normativa de extranjería. Se trata de supuestos de mera antijuridicidad formal que solo pueden ser salvados si la jurisprudencia incorpora en su interpretación la referencia a los derechos de los ciudadanos extranjeros como bien jurídico protegido.

Por otra parte, la modificación del artículo 89 CP con la consiguiente ampliación del marco de aplicabilidad de la expulsión penal ha mutado la propia naturaleza del artículo que ha pasado de ser una herramienta « *al servicio del control de los flujos migratorios*», a convertirse en « *instrumento xenófobo de lucha contra el extranjero*»²⁷ —.

Ambas modificaciones, además, adolecen de una clara falta de claridad y certeza con la consecuente afectación al principio de taxatividad, tanto en su ámbito del delito como de la pena. No son los únicos principios que se ven afectados en este Derecho de la *crimigración*. También ceden ante el empuje de los intereses de la política migratoria el principio de intervención mínima, el principio de proporcionalidad, el principio de *non bis in idem* o el principio de culpabilidad.

A esta deriva, que en este trabajo hemos focalizado en los artículos 318 bis y 89 CP, hay que añadir otras, también relevantes como el mantenimiento de figuras como la sustitución de medidas de seguridad por la expulsión, contemplada en el artículo 95 CP, o la utilización de la privación de libertad en Centros de Internamiento de Extranjeros como medida cautelar en el procedimiento administrativo de expulsión.

Se trata de un contexto nada halagüeño para los migrantes, lo que supone, siguiendo la analogía de TODOROV, que se trata de un contexto nada halagüeño para la civilización, para los Derechos Humanos. Un contexto en el que voces críticas y bien fundamentadas como la del profesor TERRADILLOS seguirán siendo muy necesarias.

Reconocimiento del derecho de asilo en España a mujeres víctimas de violencia de género

María del Rosario Gómez López

Profesora Sustituta Interina de Derecho Penal

Universidad de Cádiz

I. INTRODUCCIÓN

Las investigaciones científicas sitúan las primeras emigraciones con el origen del ser humano, que a través del nomadismo han ido constituyendo los distintos pueblos, etnias, razas y culturas que a día de hoy conforman el mundo. Por el contrario, sí son nuevas las características concretas que han ido forjándose y adoptándose en función de las circunstancias y particularidades socioeconómicas y políticas de la humanidad en cada uno de sus periodos históricos que han ido definiendo los distintos procesos migratorios. Como apuntaba Goytisolo « *la inmigración no es un fenómeno reciente, es posible advertir como en la actualidad existen factores que han condicionado su tratamiento*»²⁸ —.

La afluencia de personas que emprenden su personal camino migratorio ha determinado que distintos países intenten cerrar sus fronteras endureciendo las condiciones de acceso para controlar la « *ola migratoria*». Así se puede apreciar en el conflicto que existe en nuestros días entre el derecho que tiene toda persona a emigrar con el fin de prosperar y lograr una vida mejor, recogido en el artículo

13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948²⁹ —, y el argumento de la puesta en peligro a través de la inmigración del Estado del bienestar, la estabilidad y la identidad nacional que algunos países quieren hacer valer. El Informe sobre desarrollo humano de 2009 publicado para el programa de las Naciones Unidas para el desarrollo señalaba que más de cinco millones de personas cruzan las fronteras internacionales cada año³⁰ —. Cabe pensar, entonces, que las corrientes migratorias

son susceptibles de cambios, hasta el punto de que puedan adquirir un perfil femenino. Actualmente, la feminización de los flujos migratorios es una realidad nueva, lo que supone que su estudio sea relativamente reciente debido al haberse considerado a los hombres como protagonistas de la migración, ya que la mujer ocupaba un papel de mera acompañante o dependiente del hombre. Además, la falta de fuentes estadísticas que pudieran desglosar los datos sobre migración por sexo, al ser inexistentes o difíciles de obtener, contribuían a invisibilizar el papel de la mujer en esta realidad. No obstante, como resalta Balbuena, « *las mujeres siempre han estado presentes en los movimientos migratorios, pero hoy se las encuentra en casi todas las regiones, en todos los tipos de flujos y cada vez más salen de manera autónoma, a diferencia de otros siglos dónde el patrón era asociativo* »³¹.

Las migraciones han pasado de ser consideradas un proceso consustancial a nuestra especie, a ser explicadas y tratadas como un verdadero problema desde determinadas ópticas. Como ha indicado De Lucas, seguir enfocando la realidad de los flujos migratorios, la extranjería y la inmigración como un problema, hace que se lleven a cabo aproximaciones sectoriales al fenómeno migratorio y den como resultado una incapacidad para comprender la dimensión global de este proceso³². No abordar el fenómeno de los flujos migratorios de manera global genera que queden flecos sueltos que dan como resultado esas condiciones de precariedad que se producen dentro del citado fenómeno y esto producirá el fracaso por parte de los Estados, lo que derivará en violaciones de los derechos humanos

de los inmigrantes³³. Resulta preocupante que no haya políticas de inmigración y de asilo que estén a la altura de los desafíos que plantean los nuevos flujos migratorios y las distintas situaciones de las personas migrantes. En el caso de España, no es difícil ver cómo aspectos fundamentales de las políticas de inmigración y asilo deberían ser objeto de reconsideración y que estas se adecuen de forma eficaz a las necesidades tanto de la sociedad como de los propios inmigrantes. Se torna necesario, pues, una política de inmigración y asilo que, sin renunciar al establecimiento de mecanismos adecuados de control, no olvide los derechos de las personas migrantes. Particularmente, los de las mujeres demandantes de asilo que se deciden a emigrar por ser perseguidas por razón de género y/o ser víctimas de esta clase de violencia, lo que las hacen doble y hasta triplemente vulnerables³⁴.

En efecto, la discriminación, la persecución por razón de género y la violencia basada en ambos factores es una constante, pues a lo largo de la historia se han venido dando casos de hombres e instituciones que amparándose en la religión, la familia, la escuela y el Derecho³⁵, han sometido a las mujeres que de ellos han dependido a patrones de control patriarcal de su comportamiento. El objetivo de este sometimiento a las mujeres se asentaba, en palabras de Ballarín Domingo, en la « *formación del alma, del corazón, del carácter, de la voluntad y de los buenos modales, frente a la instrucción, que era lo que las corrumpía* »³⁶. Esos patrones de conducta son producto de las relaciones desiguales de poder que tanto mujeres como hombres han mantenido a lo largo de decenios, transformándose en un problema estructural que produce consecuencias atroces para las víctimas y su entorno. Si estos comportamientos socialmente aceptados vienen de la mano de actos concretos de maltrato, ello produce efectos de gran calado en las mujeres que, unidos a otros factores (nacionalidad, etnia, *status* económico, entre otros), aumentan el estado de indefensión en el que se encuentran, provocando la aludida situación de doble o triple vulnerabilidad. Tal es el caso de aquellas mujeres que a causa de la persecución por razón de género, por discriminación o por tener que soportar a diario concretos actos de violencia por el mero hecho de ser mujer, se deciden a pedir asilo en nuestro país. A continuación, intentaremos visibilizar y analizar esta realidad y la respuesta que ofrece a ella el ordenamiento jurídico español.

II. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN CIFRAS

Desde el comienzo del año 2015, se ha producido la ola de solicitudes de asilo en Europa y en España más intensa de las que hasta la fecha se tiene constancia. Esto se debe a la crisis tan grave que azota a distintos países producto de las guerras y persecuciones. En virtud de los datos oficiales, más de un millón de personas cruzaron el Mediterráneo como refugiados e inmigrantes; habiéndose contabilizado más de 60 millones de refugiados y desplazados internos en todo el mundo³⁷.

Los datos proporcionados a 30 de junio de 2016 por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante ACNUR), ponen de relieve que 68,5 millones de personas se encontraban refugiadas, desplazadas internamente y/o pendientes de resolución de su solicitud de protección internacional. Entre los motivos que impulsaron a estas personas a iniciar el proceso

migratorio destaca el conflicto en Siria y la situación en la que ha quedado el territorio tras la guerra civil, pues desde 2011 ha dado como resultado que sea uno de los países de origen con mayor número de personas refugiadas y el segundo con más personas desplazadas internas. Esta información coincide con la proporcionada por la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (en adelante CEAR) que pone de relieve que desde 2013, los principales países de origen y destino de las personas refugiadas están relacionados con situaciones de conflictos bélicos y persecuciones y, a causa de estos (tales como los vividos en Siria y en algunas regiones africanas), se producen desplazamientos a gran escala ³⁸. En la misma línea pivota la información recogida tanto por el informe *Tendencias Globales. Desplazamiento Forzado en 2015: Forzados a Huir* ³⁹ como por el informe *Tendencias del primer semestre de 2016* ⁴⁰ y 2017, ambos emitidos por ACNUR, en los que se presentan las cifras totales de personas desplazadas a nivel mundial. Sin embargo, llama la atención que en comparación con la cifra total del periodo de 2015, las cifras de 2016-2017 son sensiblemente inferiores a pesar de haberse registrado 5 millones más de desplazamientos en todo el mundo. Esto podría deberse, entre otras razones, a las personas que perdieron su vida en rutas marítimas, concretamente 5.098 de ellas (65% del total de las personas que deciden migrar) en el Mediterráneo mientras intentaban alcanzar las costas europeas ⁴¹. Ante esta situación, Filippo Grandi, máximo responsable de ACNUR, con motivo del Día Mundial del Refugiado de 2016 manifestó que « los líderes mundiales no pueden continuar asistiendo de forma pasiva, mientras tantas vidas se pierden innecesariamente. Debemos encontrar soluciones creativas para ayudar a los refugiados. Debemos encontrar maneras humanas y dignas para asegurar que no arriesguen sus vidas y las de sus familias recurriendo a traficantes sin escrúpulos o a frágiles embarcaciones en un intento por alcanzar un lugar seguro» ⁴². Para dar respuesta a este sensible problema, en septiembre de 2016 se celebró una Reunión de Alto nivel en Naciones Unidas ⁴³ con el fin de abordar la situación de desplazamiento forzado a nivel global. El resultado de la Reunión visibilizó la falta de voluntad de la comunidad internacional para tomar medidas urgentes y eficaces, pues no se lograron establecer acciones concretas, teniéndose que aplazar la adopción de un Plan global sobre personas refugiadas al año 2018.

Pero además de que no se hayan adoptado medidas reales a esta situación, a lo largo de 2016, en el marco de la Unión Europea se diseñaron políticas restrictivas tanto en materia de asilo como de inmigración, influenciadas tanto por los medios de comunicación como por determinados partidos políticos que promueven discursos xenófobos y anti-inmigración que calan en la sociedad ⁴⁴. Otra consecuencia determinante de esta situación fue la firma del acuerdo entre los países miembros de la Unión Europea y Turquía para contener los flujos migratorios en el mar Egeo tras la guerra de Siria, que supone una gravísima vulneración del derecho de asilo y de los derechos humanos al que la Comisión Europea, sin embargo, hace oídos sordos. En definitiva, el paisaje político sobre el derecho de asilo en la Unión Europea ha experimentado cambios drásticos en los dos últimos años. Por un lado, en el año 2015 quedó retratada la incapacidad de la UE para dar una respuesta común y homogénea a la situación de las personas refugiadas en las fronteras europeas. Y además, el año 2016 se caracterizó por el auge y puesta en marcha de políticas comunitarias en materia de migración y asilo de carácter restrictivo. En este sentido, como manifiesta el informe de CEAR *Las personas refugiadas en España y en Europa*, la propuesta de un nuevo Sistema Europeo Común de Asilo está más dirigida a restringir que a ampliar los derechos de las personas refugiadas ⁴⁵, y en lugar de poner el acento en fortalecer y homogeneizar de manera positiva las diferencias entre los sistemas nacionales de asilo, tiende a obstaculizar cada vez más el proceso de su solicitud, y, de este modo, parece ser que más que estudiar las propuestas y medidas para un avance, lo que se persigue es castigar a las personas solicitantes de asilo ⁴⁶. Se puede llegar a la conclusión de que a causa de la política migratoria y de asilo tanto a nivel internacional, europeo como nacional de los Estados, se llega a una instrumentalización de las personas y a su utilización en el discurso político-electoral, presentándolas como una amenaza, como enemigos, hasta el punto de identificarlas en ocasiones como colectivos de personas a los que mantener lejos y a los que evitar ⁴⁷.

En territorio español, según la información proporcionada por Eurostat, en 2016 se alcanzó un nuevo récord con la presentación de 15.755 peticiones de protección internacional, 874 más que en 2015, lo que supone casi el triple que en 2014 (5.947) ⁴⁸. Entre las causas de este aumento se encuentra la

llegada de personas procedentes de Siria y el acusado ascenso de solicitantes de nacionalidad venezolana ⁴⁹—. Asimismo, los datos estadísticos oficiales muestran como desde 2010 a 2016, las nacionalidades de las personas demandantes de asilo suelen coincidir --de Cuba, Somalia, Costa de Marfil, Sudán, Afganistán y Palestina--, con la incorporación en el periodo 2015/2016 de ciudadanos de nacionalidad siria y venezolana ⁵⁰—. En cuanto al número de solicitudes presentadas en 2016 en función el sexo no presentó cambios notables con respecto a la del 2015, pues se formalizaron 9.400 por hombres y 6.350 por mujeres, frente a las 9.054 y 5.827, respectivamente ⁵¹—. Los datos arrojados por la citada fuente estadística no difieren mucho de los proporcionados por el Anuario estadístico del Ministerio del Interior de 2016, pues señalan que se presentaron un total de 16.544 solicitudes de protección internacional, de las que el 59,39% fueron emitidas por hombres y el 40,61% por las mujeres ⁵²—.

Entre los motivos que predominan para la solicitud de asilo por mujeres, se encuentran los que se dan en el seno de los conflictos armados o con motivo de persecuciones u otras graves violaciones de derechos humanos que, indudablemente intensifican la discriminación y desigualdad de las mujeres con respecto a los hombres. Concretamente, la huída tanto de mujeres como de niñas por razón de género abarca múltiples y distintas formas de persecución específicas de las que son víctimas diariamente, tales como: someterse a la mutilación genital femenina u otras prácticas tradicionales perjudiciales para la salud, el temor a ser víctima de crímenes de honor, el miedo a ser obligadas a contraer matrimonio, la persecución a la que son sometidas por negarse a acatar normas o costumbres sociales represivas o a sufrir discriminación por su condición de mujeres y/o por la orientación sexual o identidad de género que las hace estar expuestas a ataques y discriminación grave. Asimismo, el miedo a actos de violencia sexual y/o física o a caer en las redes de trata con fines de explotación sexual, además de tener que consentir la esterilización, embarazos forzosos y/o una planificación familiar forzosa ⁵³—.

Todas estas manifestaciones de la violencia de género que sufren a diario mujeres y niñas tienen su base en el sistema patriarcal que no sólo está instaurado en algunos Estados, así como dentro de algunas comunidades o del núcleo familiar. Pero además de los aludidos problemas específicos que hacen especialmente vulnerables a las mujeres, nos encontramos con otros añadidos, como la falta de información sobre determinados aspectos, lo que dificulta que se pueda llevar a cabo un estudio real de la cuestión, así como no concretar el perfil o perfiles de las mujeres solicitantes de asilo. Si se analizan los datos que proporcionan las instancias oficiales se detecta una altísima invisibilidad de las mujeres, pues en la recogida de datos se omite información relevante sobre determinadas cuestiones, lo que no sólo supone que no podamos tener acceso a la realidad con la que conviven día a día, sino porque con su ausencia se sigue perpetuando a este colectivo a la invisibilidad y con ello dan a entender que estas mujeres, por el hecho de no tenerlas en cuenta dentro de estos datos, sean menos víctimas que las demás. Un buen ejemplo lo podemos ver en la Base de datos de la Oficina de Asilo y Refugio (OAR) encargada de dirimir las solicitudes de asilo, pues deja en el tintero información determinante, al no especificar los motivos de persecución que sufren las mujeres y que dan lugar a las resoluciones de los casos. Resulta pues muy importante su inclusión dentro de las instancias oficiales y, con ello, sacar a la luz hechos que por esta concreta coyuntura quedan bajo el umbral de la cifra negra, esto es, de la criminalidad y la victimización ocultas. Junto a lo anterior, cabe resaltar la ausencia de información de aquellas solicitudes cursadas por las mujeres tanto en los puestos fronterizos como en los Centros de Internamiento para extranjeros (CIES), por lo que en todos estos casos quedan soterradas las garantías que les son inherentes como personas ⁵⁴—. En este sentido, es importante destacar cómo desde el año 2011 a 2015, el número de peticiones de asilo requeridas en los Cies ha pasado de 21 a 785, respectivamente. Con respecto a aquellas iniciadas en los puestos fronterizos el aumento es aún más pronunciado, pues se han contabilizado en el año 2015 un total de 6.862 frente a las 344 de 2011 ⁵⁵—. En definitiva, a lo largo de estos años no sólo se ha producido un incremento del número de solicitudes de asilo en nuestro país sino que además se constata la invisibilidad de las mujeres demandantes de asilo, al no desglosar los datos estadísticos ni al proporcionar los motivos por los que estas se deciden a emigrar. Se pone de manifiesto que estas mujeres son doble y triplemente vulnerables, ya que en primer lugar no se les ha ofrecido protección en sus países de origen sino que sus vidas corren peligro porque difícilmente pueden hacer valer sus derechos, lo que da como resultado, que sean invisibles a los ojos de sus países. Y en segundo lugar,

en ocasiones no sólo no se les brinda la posibilidad de tener una vida segura en el país en el que albergan la esperanza de encontrar asilo y con ello una vida libre, sino que además no figuran en los estudios estadísticos quedando de nuevo ocultas.

III. MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y EL DERECHO DE ASILO EN ESPAÑA

El asilo es reconocido al menos *a priori* a personas que buscan protección en nuestro país huyendo de conflictos armados o de la persecución individual o colectiva por motivos de ideas políticas, religiosas, orientación sexual o por razón de género. Es ésta última, la cuestión de la violencia contra las mujeres y su necesidad de protección como refugiadas, a la que nos hemos acercado a través de este trabajo. La persecución por «motivos de género» es la que se ejerce sobre la mujer por el hecho de serlo manifestándose de distintas formas: maltrato físico y psicológico, violencia sexual, matrimonios forzados, mutilación genital, entre otras. En España, a pesar de que la violencia contra las mujeres es una realidad social, como en el resto del mundo, contamos con un sistema de protección legal en el que, al menos, desde el punto de vista formal, los derechos de las mujeres son protegidos. Esta tutela de las mujeres que residen en territorio español se extiende también a las que o bien acaban de llegar a nuestro país o bien solicitan su entrada en aras de sentirse seguras. Sin embargo, en España, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, y la Ley 9/1994, de 19 de mayo, reguladora de asilo y de la condición de refugiado, a pesar de querer brindar protección a las mujeres víctimas de violencia de género, únicamente se le otorgará a un grupo reducido, dejando sin atender la petición de otras muchas. Así, la Ley 9/1994, de 19 de mayo, condiciona la concesión del estatuto de refugiada, y por tanto la garantía de no ser devuelta a su país de origen, a las mujeres que sean perseguidas por razón de género o existan temores fundados que acrediten que su vida e integridad física corren peligro por los mismos motivos. Pero además, para la concesión de asilo, hay que constatar la existencia de temores fundados, esto es, actos de persecución graves que consistan en actos de violencia física o psíquica, pues si a la persecución por razón de género no le acompañan esta clase de actos, no se les podrá conceder la condición de refugiada. Esto pone de relieve, que aquellas situaciones en las que las mujeres sufran violencia psicológica, entendida como amenazas constantes o chantaje emocional, o soporten violencia económica, no serán tenidas en cuenta al no estar recogidas en las formas de violencia que expresamente señala la Ley. Por tanto, se llega a la conclusión de que a pesar de quererles brindar protección a las mujeres víctimas, la propia regulación del asilo genera una situación de indefensión que además puede estar causando el efecto criminógeno ⁵⁶ de exponerlas al riesgo de sufrir represalias por el mero hecho de haber solicitado asilo. Tal es el caso de aquellas mujeres que procedan de países que no sólo su religión avala y respalda el maltrato sino que también en muchos de ellos está justificado por sus propias leyes. Téngase en cuenta aquellos supuestos en los que las mujeres estén sometidas a presión constante para casarse o someterse a la práctica de la mutilación genital femenina que de no acreditarse que esa coacción es lo suficientemente fuerte, estas quedarían no sólo desprotegidas sino que de alguna forma participarían en el sufrimiento de estas. En este sentido, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia hacia la mujer y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011, celebrado en Estambul, en su artículo 60 obliga a los Estados Partes a adoptar medidas legislativas o de otro tipo para que la violencia contra la mujer basada en el género pueda reconocerse como una forma de persecución, conforme al artículo 1, A, 2 del Convenio relativo al Estatuto de los refugiados de 1951. En virtud de lo recogido en el citado convenio, el pasado 3 de agosto se publicaba en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el primer Informe de la Subcomisión para un Pacto de Estado en materia de violencia de género, que posteriormente el Congreso ha aprobado el 28 de septiembre de 2017. En aras de seguir las pautas marcadas por el Convenio de Estambul, entre los cambios que se promueven, y en lo que aquí interesa especialmente, se ha visibilizado la situación de las mujeres extranjeras, y la necesidad de destinar recursos específicos en el marco de la cooperación internacional y medidas concretas contra la violencia machista dentro de los protocolos de actuación en campos de refugiados y refugiadas así como a que en los recursos dedicados por España a la cooperación internacional para refugiados y refugiadas se apliquen medidas específicas para la prevención de la violencia machista contra las mujeres y menores de edad, tanto en tránsito como en destino.

Confiamos en que los cambios que se avecinan puedan incidir positivamente en mejorar la situación en que se encuentran las víctimas de la violencia de género, sobre todo la de aquellas que por sus

concretas circunstancias son especialmente vulnerables, y con ello se consiga cambiar la situación con respecto a la condición de refugiada para la mujer víctima de este tipo de violencia, y de esta forma prime su condición de mujer víctima sobre la de inmigrante ⁵⁷.

Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres humanos

María Luisa Maqueda Abreu ^{*}
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Granada

I. INTRODUCCIÓN

La historia de la trata es una historia desafortunada. No le dejan ser lo que es, siempre a merced de intereses que poco tienen que ver con la proclamada protección de sus víctimas. Desde los inicios de su reconocimiento internacional, cuando se decía pensada para tutelar a las mujeres que se trasladaban a otros países con fines de prostitución, el objetivo real era abolir cualquier práctica de prostitución por voluntaria que fuera y la llamada por aquel entonces «trata de blancas» no pasaba de ser considerada un mal acompañante que había que combatir también en nombre de la moral y de la dignidad femenina. Es verdad que la lucha contra ella fue encarnizada a partir del viejo Convenio de Naciones Unidas de 1949 pero del mismo modo que lo fue, y sigue siendo con otros pretextos, la guerra contra la prostitución por parte del infatigable abolicionismo.

Más tarde, cuando la trata perdió los contornos de género y se convirtió en un delito neutro con finalidades que excedían la explotación sexual, la prioridad de la lucha contra ella fue en nombre de la seguridad y el resguardo de las fronteras frente al peligro supuestamente representado por los inmigrantes, una pretensión que persiste y se renueva hoy con la excusa de luchar contra el terrorismo venido de otras tierras. No en vano la trata que más ha preocupado siempre a la comunidad internacional es la trata transnacional que implica el paso irregular de territorios fronterizos.

Y, finalmente, cuando se dice perseguir un enfoque grandilocuente de derechos humanos y se asimila la trata a la esclavitud, teóricamente para tutelar los derechos de la personalidad de sus víctimas, se comete una nueva imprecisión porque no es el proceso propio de la trata (captación, traslado, recepción...) el que puede identificarse con ella sino el estado de cosificación a que conduce la explotación de las personas tratadas. Por si fuera poco, la misma noción de esclavitud se está revelando inservible gracias a su indefinición y a la avalancha contemporánea de otras nociones inciertas, como las de servidumbre o trabajo forzado, que han entrado subrepticamente en el concepto de trata y que le roban espacio aplicativo sin aportar ningún contenido esclarecedor que pudiera resultar fructífero. Ahora todas ellas aparecen comprimidas artificialmente bajo una nueva expresión, acuñada al efecto por impulsivos agentes internacionales con el beneplácito de la academia, el de «formas contemporáneas de esclavitud» que sigue sin decir nada. Resumiendo: demasiados descabros en una historia no muy larga que han conseguido que el discurso jurídico sobre la trata haya acabado por no ser creíble. Esa historia merece ser contada.

II. TRATA Y PROSTITUCIÓN

Las primeras regulaciones de la trata se propusieron reprimir el traslado de mujeres implicadas en el mundo de la prostitución sin tomar en cuenta ningún ingrediente coercitivo de dominio y sometimiento personal en sus víctimas. La llamada por aquel entonces «trata de blancas» vino a designar básicamente esas migraciones laborales femeninas, mayoritariamente voluntarias, que tenían como destino el ejercicio de la prostitución ⁵⁸. Sin embargo, el discurso oficial de la victimización de esas mujeres --«víctimas inocentes traficadas y obligadas a trabajar contra su voluntad»-- llegó a constituir «un mito cultural», que ha tenido, por cierto, un gran impacto sobre la construcción social de las migraciones femeninas ⁵⁹.

La legalidad internacional fue responsable, en buena medida, de ese clima de confusión existente entre las migraciones consentidas y no consentidas de mujeres. A excepción de las primeras declaraciones internacionales sobre trata de blancas --como las de 1902 o 1910-- que exigieron algún ingrediente de violencia o fraude en las motivaciones de esas mujeres para emigrar, la gran mayoría de ellas --desde el Convenio Internacional de 1933-- presumieron su condición de víctimas, declarando irrelevante su consentimiento. Muy representativa de esa línea abolicionista fue la Convención de Naciones Unidas de 2 de diciembre de 1949 que, tras vincular formalmente trata y prostitución, proponía criminalizar las conductas que las favorecieran sin tomar en cuenta el

principio de autonomía de la voluntad: «Las Partes en el presente Convenio, decía su artículo primero, se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra... explotare la prostitución de otra persona, *aún con el consentimiento de tal persona*» ⁶⁰ —.

Había ya entonces razones capaces de explicar esa primera normativización del concepto de trata. El fantasma de la prostitución y la obsesión por controlar la moralidad y la sexualidad de las mujeres, figuraban en el ideario abolicionista que se había impuesto en la escena internacional ⁶¹ —. Tiene razón Giammarinaro cuando destaca el peso simbólico de la representación «*tráfico/prostitución/sexualidad femenina*», en tanto que orientadora de la acción institucional hacia un esquema de victimización que aparece injustificado, porque prescinde del reconocimiento de un derecho a la libertad de determinación. Y es que, bajo este discurso, se legitiman estereotipos de género, creando víctimas en razón de una actividad ligada a su sexualidad, que hace prescindir de su consideración como sujetos de derechos fundamentales violados, en primer lugar ese derecho a la libre elección ⁶² —. Una determinada opción sexual --la de la prostitución o, lo que es lo mismo, la del sexo comercial-- se convierte así en responsable de esta inicial mistificación de la trata como esclavitud femenina que se prolonga hasta nuestros días.

Un buen ejemplo viene representado por la última de las Resoluciones del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014 donde, sin ningún disimulo, se identifican permanentemente prostitución (voluntaria) y prostitución forzada y se hace partícipe a la trata de ser, como ellas, formas de esclavitud incompatibles con la dignidad de las personas y con sus derechos fundamentales ⁶³ —. En el contexto del Estado español, las muestras se repiten desde hace años. Como referencia muy expresiva merece citarse el Informe de la Ponencia para el estudio de la situación de la prostitución en nuestro país, publicado el 13 de abril de 2007 como refuerzo al discurso feminista oficial, que declaró sin tapujos la relación «absoluta» entre trata y prostitución ⁶⁴ —; y, últimamente, no puede dejar de mencionarse el texto transaccional que PP y PSOE presentaron al Pleno del Congreso de los Diputados en noviembre de 2016 consistente en promover una lucha conjunta frente a la trata y la prostitución «entendidas ambas como explotación, esclavitud, violación de derechos humanos y cosificación de la mujer...». Es verdad que, a falta de consenso, esta propuesta no ha llegado a formar parte del Pacto de Estado contra la violencia de género aprobado el 28 de septiembre de 2017 pero inexplicablemente se ha convertido en una de las reivindicaciones prioritarias más sorprendentes de los votos particulares formulados por fuerzas políticas progresistas como Izquierda Unida o Compromis que se declaran abiertamente favorables a la abolición de la prostitución como «forma extrema de explotación sexual de las mujeres que se sustenta en la alianza capitalismo/patriarcado y que sigue manteniendo a las mujeres en una situación de esclavitud» o bien, como «violencia machista porque detrás de ella hay machismo, abuso de poder, cosificación de la mujer, violación, violencia económica, acoso sexual...» ⁶⁵ —.

Con datos tan inquietantes parece inevitable sentir el temor de que vamos abocados a que se imponga en la realidad la vieja reivindicación del feminismo radical de que trata y prostitución se sitúen en el mismo plano de agresión a la dignidad personal y a los derechos más inalienables de las mujeres, con los efectos indeseables que esa confusión genera. A más de la imperdonable tergiversación conceptual que supone identificar lo voluntario (la prostitución consentida) con lo coercitivo (trata), hay una agresión inevitable a los derechos humanos de las mujeres implicadas: a las trabajadoras del sexo, porque se ven sancionadas con la falta de reconocimiento de su voluntad y de su subjetividad a causa de su decisión a favor de una sexualidad «no legítima», perdiendo con ello su consideración de sujetos de derechos fundamentales, en particular, el derecho a la libertad de autodeterminación (sexual); a las mujeres traficadas, porque en este clima deliberado de confusionismo no son reconocidas en su cosificación y en la extrema violencia que sufren, lo que les sitúa en un plano de máxima impotencia e indefensión frente a sus tratantes, sus explotadores y los agentes relacionados con su emigración, tanto en los países de destino como en los de origen. Pero nadie duda de que esa asimilación perversa tiene ventajas innegables para los intereses más diversos: intereses morales (cruzada contra la prostitución), ideológicos (denuncia de la pérdida de valores religiosos y morales, afirmación de determinados modelos de género en tanto que códigos normativos sobre la feminidad y la sexualidad), pragmáticos (reforzamiento de la represión de la inmigración ilegal y de los demás imperativos del capitalismo y de la globalización económica)... que buscan garantizarse a toda costa

⁶⁶ —. La próxima historia de la trata permite comprobarlo.

III. TRATA Y SEGURIDAD DE LAS FRONTERAS

En los años que siguieron a la segunda guerra mundial se fue consolidando un proceso en que la trata fue perdiendo sus contornos de género. Es significativo, por ejemplo, que desde 1950 los textos internacionales fueran abandonando paulatinamente su referencia concreta a mujeres migrantes para usar menciones indiscriminadas a «personas» o «seres humanos»⁶⁷. Como señala Campani, la vieja trata pasó a ser un componente más del tráfico general de personas en constante crecimiento en el contexto del liberalismo económico global. Un nuevo concepto --el tráfico--, para una nueva época --la globalización--, íntimamente unidos por una relación de necesidad: una fuerza de trabajo para la cual existen fronteras, en una economía que no las tiene, sigue diciendo la autora, crea las condiciones necesarias y suficientes para la aparición de un tráfico clandestino global, llamado a posibilitar el cruce de fronteras hacia un centro mundial crecientemente unificado y polarizado⁶⁸.

En un lúcido análisis titulado «Más allá de las fronteras», la Alianza Global contra el Tráfico de Mujeres (GAATW), constituida por una red internacional de organizaciones no gubernamentales pro-derechos de la mujeres, insistía en 2010 sobre esos vínculos de la trata con la globalización y con la vulnerabilidad social y económica que garantiza a quienes se atreven a emigrar. En uno de sus documentos de trabajo analizaba con rigor las tendencias perversas del capitalismo globalizado y la nueva pobreza que genera en las economías emergentes donde la necesidad de sobrevivir obliga a la emigración⁶⁹ y en el caso de las mujeres, que ostentan la jefatura de muchos de esos hogares empobrecidos, siempre a partir de opciones no cualificadas que las sitúan en el seno de la economía informal (áreas privadas de servicios como el doméstico o el de cuidados, la industria sexual...) bajo condiciones más precarias y excluyentes de ilegalidad y clandestinidad⁷⁰.

Pero no hay que perder de vista que la globalización es sólo una de las claves que nos permiten entender el origen de la trata contemporánea. Otra, muy importante, es la de la seguridad representada por el cierre de fronteras y los intereses estatales implicados en las políticas de control de los nuevos flujos migratorios. Podría decirse que mientras que la globalización y la liberalización del comercio crean condiciones de impulso para emigrar, por miserables que sean, las políticas de seguridad están llamadas a impedir el paso de las personas en movimiento. En nombre de la identidad nacional y de la preservación de las fronteras de cualquier factor de riesgo, los países más ricos⁷¹, reprimen la libre circulación de personas, creando desplazamientos clandestinos cada vez más inseguros. El objetivo proclamado es acabar con el fomento y la explotación de la inmigración ilegal pero también, como señala Terradillos, con la propia inmigración ilegal⁷².

El Informe ya aludido de la GAATW es muy esclarecedor acerca del progresivo endurecimiento de las leyes de inmigración en todo el mundo. En su análisis acerca de los enlaces entre Trata y Seguridad, esta red activista se refiere a controles de fronteras cada vez más estrictos y políticas de emigración siempre más restrictivas incrementando así la necesidad de que las migrantes recurran a agentes que les ayuden a moverse de forma subrepticia. Una situación que se ha agudizado en los últimos años con la llamada «Guerra contra el Terror» que ha llevado a una proliferación de políticas que combinan la trata con el terrorismo y con el crimen transnacional organizado y que dan prioridad al imperio de la ley sobre las preocupaciones por los derechos humanos. Un ejemplo paradigmático viene representado por los Estados Unidos que lidera esa guerra en favor del control de las fronteras. Sus agencias gubernamentales --el Servicio de Inmigración y Control de Aduanas, por ejemplo-- declaran que la trata y el tráfico de seres humanos representan riesgos significativos para la seguridad nacional ya que aspirantes a terroristas y criminales pueden tener acceso a menudo a las mismas rutas y utilizar los mismos métodos que los traficantes de seres humanos⁷³.

Y lo cierto es que este avance criminalizador en torno a las fronteras ha dado paso a una potente industria global de ingreso clandestino que ha experimentado un imparable enriquecimiento ilegal a costa de las personas traficadas y de la debilidad creciente con que afrontan sus iniciativas de huir de la pobreza, de los conflictos armados, de las crisis humanitarias, de la violencia o de la persecución de género⁷⁴. Resulta difícil dudar, desde luego, de sus apoyos políticos y de los recursos económicos con que cuenta en los países de origen, tránsito y destino pero su mejor escudo reside en que opera con los mismos principios que informan la economía «legal» capitalista: estrategias de mercado, competitividad, previsión de riesgos, menor coste posible al logro de los mayores beneficios, facilidad en la inclusión de estos en los circuitos financieros mundiales ... en un contexto caracterizado por la movilidad de mercancías o servicios, el constante flujo de personas de un lugar a

otro y el espectacular desarrollo de las comunicaciones y las nuevas tecnologías o del blanqueo de capitales, unas circunstancias que hacen muy compleja su persecución y su erradicación. Así lo reconocía en 2015 el Parlamento Europeo en su Proyecto de Informe para la lucha contra el tráfico de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión Europea (2014-2019) cuando proponía, aparte la lucha contra la corrupción en el sector público, la necesidad de realizar esfuerzos para evitar que los ingresos procedentes de esta actividad delictiva se acaben reinyectando con facilidad en la economía y el sistema financiero mundiales y tomar iniciativas en la práctica de investigaciones financieras destinadas a localizar, confiscar y recuperar los activos de origen delictivo activando las medidas contra el blanqueo de capitales en cooperación con otros países ⁷⁵.

Mientras tanto, los distintos países priorizan la acción sobre las víctimas de trata concebidas como meros «instrumentos de investigación» al servicio de la detención y condena de esas redes de tráfico, sin reparar en los previsibles riesgos que su colaboración con las autoridades pudiera representar para su integridad o sus vidas o las de sus familiares más próximos. Si existiera ese proclamado interés por ellas que tanto reiteran los sucesivos e interminables instrumentos internacionales, su protección y su asistencia institucional serían «gratis» y no quedarían supeditadas a una denuncia criminal y a su posterior colaboración con las autoridades, como denunció en su día uno de los Convenios más progresistas de los últimos años, el de Varsovia de 2005 procedente del Consejo de Europa ⁷⁶. El Estado español, que ha firmado ese texto, mantiene, sin embargo, el modelo clásico. En el contexto habitual de redadas policiales, las víctimas deben ser identificadas por las Brigadas de Extranjería («cuando hay motivos razonables para creer que lo son») y más tarde invitadas, tras un periodo de reflexión de no más de noventa días, a cooperar con las autoridades para testificar y favorecer la persecución de quienes traficaron con ellas (art. 59 bis LEX). El premio es obtener un permiso de residencia temporal y evitar una expulsión que, demasiado a menudo, no consiguen por distintos motivos: porque no son adecuadamente identificadas por la policía, porque son expulsadas antes de ser citadas para declarar o porque se niegan a colaborar en su desconfianza hacia las instituciones y hacia sus medidas de protección y seguridad, que saben más ficticias que reales. La Fiscalía de Extranjería, en su Memoria de 2012, asumía ese fracaso cuando confirmaba con sus cifras referidas a la trata sexual --la más perseguida-- que sólo 24 mujeres de las 149 que habían sido identificadas como víctimas un año antes, habían accedido a acogerse a aquel beneficio. La realidad más común para ellas es, pues, muy distinta: acoso policial indiscriminado, detenciones, procedimiento sancionador con orden de expulsión, estancia en un centro de internamiento de extranjeros y deportación. En su comparecencia a la Subcomisión de expertas/os nombrada en 2017 con motivo del Pacto de Estado contra la violencia de género, la Coordinadora del Proyecto Esperanza dirigido a las víctimas de trata y puesto en marcha desde hace ya casi veinte años corroboraba esos déficits de tutela y denunciaba insistentemente el excesivo protagonismo que tienen en su identificación las Fuerzas de Seguridad y la necesidad de mayor protagonismo de las ONGs, implicadas, la insuficiente detección de los casos de trata en los Centros de Internamiento para extranjeros (CIES) y en el paso de fronteras que supone que sean injustamente expulsadas o devueltas automáticamente a sus lugares de origen, la falta de seguridad que soportan en sus declaraciones como testigos o la ausencia de reparación y de asistencia institucional... ⁷⁷.

Es, pues, en aras de la protección de sus derechos que debe combatirse esa indeseable «perspectiva trafiquista» ⁷⁸ para concentrarse en la victimización que esas personas sufren, permitiendo que sea la idea de la explotación --y no la de seguridad-- la que ocupe la parte central del discurso sobre la trata. En 2004, un Grupo de Expertos de la Comisión Europea insistía en esa necesidad cuando proponía ofrecer respuestas a la trata desde la perspectiva de los derechos humanos, esto es, combatiendo con penas proporcionadas e implacables la explotación y las situaciones de esclavitud con independencia de cómo ha llegado cada persona a ellas... ⁷⁹ De ese modo, mejoraría la política legislativa que valora la extrema violencia que sufren y quedarían garantizados sus derechos sociales de permanencia, atención, asistencia y trabajo o repatriación segura al país de origen al margen de cualquier obligación de denuncia o de testimonio contra las redes de tráfico, simplemente por el reconocimiento de su condición de víctimas. La última historia de la trata tiene que ver con ellas.

IV. TRATA Y ESCLAVITUD

El viejo discurso ideológico de la trata como esclavitud, tan fructífero en el contexto del tráfico sexual para expresar la subordinación patriarcal de las mujeres al poder y al deseo masculinos, se ha visto reforzado en los últimos años por una corriente europeísta que lo reivindica para expresar la

trascendencia de cualquiera de las formas de explotación a que se somete a las personas tratadas. Esta es una alternativa que, no obstante, se ha revelado equívoca por distintas razones: una de ellas, y muy importante, es que los textos internacionales que identifican la trata con la esclavitud cometen un error ya que aquélla no es más que el comienzo de un proceso que conduce a la esclavización pero no puede confundirse con ella. En realidad, como se ha afirmado, la trata constituye «un simple mecanismo para conseguir esclavizar a una persona»⁸⁰. Y siendo verdad que forma parte de los inicios de ese proceso, coincidente con la fase de captación y traslado involuntario de sus víctimas con fines explotadores, no alcanza sin embargo al estadio último de su explotación efectiva que es donde ellas quedan a merced de su victimario en un estado de deshumanización y de pérdida de libertad extremas. Quizás el dramatismo de la expresión «esclavitud» aplicado a la trata tenga mucho que ver con su uso indiscriminado e irresponsable, no carente, por cierto, de graves consecuencias que se dejan ver a menudo en el escaso interés que despierta, en muchas legislaciones nacionales, la situación coercitiva indefinida en que las víctimas quedan después de ser trasladadas con engaño, abuso u otros medios coercitivos desde sus más seguros lugares de origen. Podría decirse que su estatus penal queda oculto, o por lo menos desdibujado, bajo la potente voz de trata que se sitúa en el centro de todas las miradas, la del legislador en primer lugar e inevitablemente también las de otros operadores jurídicos que tienen que acatar sus reglas. El derecho español ofrece ejemplos muy representativos. El tipo básico de trata tiene prevista en el Código penal una pena de prisión de cinco a ocho años (art. 177 bis CP) mientras que la explotación sexual en forma de determinación coactiva a la prostitución se contenta con una pena privativa de libertad de dos a cinco años y multa (art. 187,1 CP) y la explotación laboral no supera, en principio, la de seis meses a seis años y multa (arts. 311 y ss. CP) que es inferior aún a la pena de los matrimonios forzados, que va de seis meses a tres años y seis meses de prisión o multa (art. 172 bis CP) y, desde luego, a la de la explotación de la mendicidad que, cuando es de adultos, carece de cualquier previsión penal (art. 332 CP). Ciertamente queda a los tribunales el recurso de acudir a las reglas concursales para valorar el daño a otros bienes jurídicos puntuales de la víctima, como la libertad de formación de la voluntad en el caso de amenazas, o de movimientos si hay detención ilegal o la libertad sexual si median agresiones o abusos sexuales... pero con ello queda interrumpida la idea fundamental de proceso y la relación de progresión existente en sus diferentes fases --de la trata a la explotación--, perdiendo de vista la gravedad de ese último estado de sujeción límite en que queda la víctima bajo el dominio absoluto de sus explotadores⁸¹. Si bien, los intentos de trasladar el concepto de esclavitud a esas otras situaciones insoportables de cosificación personal tampoco han resultado aceptables. En buena medida por su indefinición y porque no ha venido solo. Otras nociones indiferenciadas, como la servidumbre o el trabajo forzado, le han acompañado en el camino de su integración en el discurso normativo sobre la trata con la «ingenua» pretensión de compartir su significado sin alcanzar a negar su autonomía. El origen hay que buscarlo en la legalidad internacional donde la ambigüedad del lenguaje jurídico se ha convertido ya en una realidad preocupante. Fue en el año 2000 cuando el Protocolo de Palermo recogía en su régimen de definiciones (art. 3,a) la explotación propia de la trata e incluía caprichosamente en ella, sin más explicaciones, «los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre...». Mucho antes, otros textos internacionales ya habían identificado esclavitud y servidumbre sin molestarse tampoco en definir las⁸² ni establecer pautas seguras para intentar diferenciarlas. Por si fuera poco, la jurisprudencia internacional ha contribuido con sus decisiones poco explícitas y a veces contradictorias a enmarañar aún más este panorama de confusión con resultados que invitan a fragmentar esas inciertas nociones midiendo artificiosamente el grado de control o de sometimiento (de mayor a menor) desarrollado en el ejercicio de la explotación criminal. Según las explicaciones concluyentes de Bedmar, la esclavitud aparecería en primer lugar identificada con el ejercicio de un control absoluto sobre la vida del individuo; en un segundo plano estaría la servidumbre representada por una relación de dominación y explotación más inmutable y perdurable que en el trabajo forzoso, que quedaría en tercer lugar...⁸³. Claro que el estado de inseguridad así generado resulta insoportable. Y es que, a falta de un significado propio y distinto del que le dieron las Convenciones Internacionales de 1926 y 1956 como «ejercicio de los atributos del derecho de propiedad», el concepto de esclavitud ha acabado haciéndose inservible y es inmolado en favor de inestables escalas que lo degradan para encontrar un espacio aplicativo a esas otras nociones de servidumbre o servicios

forzados que permanecen obsoletas, sin contenido propio, invitadas a formar parte todas ellas de una nueva expresión acuñada al efecto por incontinentes agentes internacionales con el beneplácito de la academia: el de «formas contemporáneas de esclavitud»⁸⁴, que sigue sin decir nada.

Me pregunto si no hubiera sido preferible prescindir de tanto artificio inútil, aunar conceptos y buscar contenidos a las formas de explotación que, por su parecido con la antigua esclavitud, merecen ser tratadas como ilícitos penales independientes de la trata y especialmente graves, capaces de describir ese estado de cosificación que se produce cuando alguien está bajo el control de otros que usan y disponen y buscan provecho de su persona al modo en que el «dueño», en un tiempo, ejercía el dominio propio sobre el esclavo. El nombre es lo de menos --moderna esclavitud, servidumbre...--, lo de más es elaborar una relación de indicios que permitan a los jueces detectar su existencia y configurar un esquema clarificador acerca de la identidad de sus víctimas. Una sentencia aislada del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia de 22 de febrero de 2001 lo ha hecho sabiamente a partir de factores indicativos tan relevantes como el control de movimientos y del entorno físico de la víctima, el señorío psicológico que se ejerce sobre ella, la violencia o la amenaza de fuerza, las medidas tomadas para disuadir de su huida, la reafirmación de exclusividad, el sometimiento a un trato cruel e inhumano, el control de la sexualidad y el trabajo forzoso⁸⁵.

Claro que, de seguir ese camino operativo, habría que relativizar la idea de infortunio que ha acompañado a la historia de la trata de seres humanos donde nada es lo que dice ser ni siquiera lo que parece, gracias al voluntarismo de la comunidad internacional y de sus imponentes gurús que, aprovechando su experiencia en la manipulación del discurso jurídico⁸⁶, pugnan por hacer de ella una gran tapadera donde esconder todo lo que no les gusta revelar. Así es como avanzan en el marco institucional esos intentos criminalizadores que a duras penas son eficientes porque, aun los más bienintencionados, son incapaces de asegurar el reconocimiento de unos derechos humanos que chocan inevitablemente con la globalización económica y con los poderosos intereses de seguridad interna que tienen la vocación de prevalecer.

Parece que es mucho más productivo --y políticamente correcto-- seguir enviando incesantes reclamos vacíos sobre la necesidad de perseguir a tratantes sin escrúpulos y proteger a víctimas crecientemente vulnerables sin reconocer, por ejemplo, los efectos devastadores de un capitalismo neoliberal globalizado que alimenta su desesperanza e impone, en nombre de la salvaguarda de las fronteras, una lógica de exclusión que alcanza de lleno a hombres y mujeres como inmigrantes sin derechos⁸⁷ o promoviendo, sin reparos, una adscripción abolicionista que les permite calificar de esclavas sexuales a quienes desafían las leyes coercitivas de género que censuran el ejercicio voluntario de la prostitución⁸⁸ sin importarle, eso sí, verse apresados en un exasperante bucle jurídico de inciertos nombres que se solapan entre sí y que no aportan ningún saber relevante en orden a elaborar un imprescindible estatus de víctima con derechos adquiridos para cuando su explotación criminal nos recuerde a la vieja esclavitud.

NOTAS:

¹«Marginalidad social, inmigración, criminalización» (Juan M^a Terradillos Basoco, «Marginalidad social, inmigración, criminalización»), en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ-RODRÍGUEZ, C., DIEGO DÍAZ-SANTOS, R., *El Derecho penal ante la globalización*, Colex, Madrid, 2002, p. 135)

²J. STUMPF, «The Crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power», *American University Law Review*, Vol. 56, 2006, pp. 367 y ss.

³Ibidem, pp. 379 y ss.

⁴R. E. ROSENBLOOM, «Policing Sex, Policing Immigrants: What Crimmigration's Past Can Tell Us about Its Present and Its Future», *Californian Law Review*, 104, 2006, pp. 149 y ss.

⁵J. BROUWER, M. VAN DER WOUDE, J. VAN DER LEUN, «Framing migration and the process of crimmigration: A systematic analysis of the media representation of unauthorized immigrants in the Netherland», *European Journal of Criminology*, Vol. 14(1), 2017, pp. 100-119.

[6](#)Vid. J. A. BRANDARIZ GARCÍA, C. FERNÁNDEZ BESSA, «La crimigración en el contexto español: el creciente protagonismo de lo punitivo en el control migratorio», en LÓPEZ-SALA, Ana; GODENAU, Dirk (Coords.), *Estados de contención, Estados de detención*, Barcelona, Anthropos Editorial, 2017, pp. 119 y ss.

[7](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Sistema penal e inmigración», en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando, (ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 1463 y ss. Curiosamente, en aquel trabajo el profesor TERRADILLOS también incidía en algunos de los restantes aspectos que han marcado el desarrollo del concepto crimigración. Así, por ejemplo, en cuanto a su componente mediático señalaba que «*la imagen que del fenómeno migratorio se ofrece a la población (.) alimenta valoraciones xenófobas*» (p. 1476).

[8](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Inmigración, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina», en RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, (coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 43 y ss.

[9](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Reflexiones y propuestas sobre inmigración», *InDret*, 2010/1, pp. 7 y ss.

[10](#)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.

[11](#)SSTJUE de 28 de abril de 2011, en el caso El Dridi, asunto C-61/11 y de 6 de diciembre de 2011, en el caso Achugabian, asunto C-329/11.

[12](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Reflexiones y propuestas sobre inmigración», *cit.*, p. 15.

[13](#)STS Sala de lo Penal, Sección 1ª, de 9 de marzo de 2012, nº 1848/2012, Roj: STS 1848/2012.

[14](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en BOIX REIG, J. (dir.), LLORIA GARCÍA, P. (coord.), *Diccionario de Derecho Penal Económico*, 2ª edición, IUSTEL, Madrid, 2017, pp. 383-390.

[15](#)SSTS de la Sala de lo Penal, sección 1ª, de 20 de octubre de 2015, nº 646/2015, Roj: STS 4501/2015 y de 4 de marzo de 2016, nº 188/2016, Roj: STS 824/2016.

[16](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», *cit.*, p. 386.

[17](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Extranjería, Inmigración y Sistema penal», en RODRÍGUEZ MESA, María José, RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, (coord.), *Inmigración y sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006 pp. 39 y ss.

[18](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Las políticas penales europeas de inmigración», en PUENTE ABA, Luz M., (dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, 2008, pp. 195 y ss.

[19](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «El Derecho penal como estrategia de exclusión: la respuesta punitiva a la inmigración», en VV.AA., *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1114 y ss.

[20](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Reflexiones y propuestas sobre inmigración», *cit.*, p. 7.

[21](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «El Derecho penal como estrategia de exclusión: la respuesta punitiva a la inmigración», *cit.*, p. 1129.

[22](#)TERRADILLOS BASOCO, Juan M., BOZA MARTÍNEZ, Diego, «La expulsión del extranjero: Art. 88 CP» en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, (dir.), DOPICO GÓMEZ ALLER, Jacobo, (coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 361 y ss.

[23](#)TERRADILLOS BASOCO, Juan M., BOZA MARTÍNEZ, Diego, «La expulsión del extranjero: Art. 88 CP», *cit.*, p. 366.

[24](#)Entre otras la Directiva 2003/109/CE de Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración o la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004.

[25](#)TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Las políticas penales europeas de inmigración», *cit.*, p. 196.

[26](#)TERRADILLOS BASOCO, J. M., «La investigación en el Derecho penal», en *Lineamientos metodológicos para la investigación jurídica*, nº 1, 2014, p. 13.

[27](#)TERRADILLOS BASOCO, Juan M., BOZA MARTÍNEZ, Diego, «La expulsión del extranjero: Art. 88 CP», *cit.*, p. 364.

[28](#)J. GOYTISOLO, «Prólogo», en J. Goytisoló/ N. Sami, (dirs.), *El peaje de la vida. Integración o rechazo de la inmigración en España*, Madrid, Editorial Aguilar, 2000, p. 14.

[29](#)El artículo 13 indica que: «1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país». A pesar del reconocimiento de estos derechos, existen limitaciones excepcionales al derecho de circulación. De ahí a que se entienda ese derecho a la libertad de movimiento con determinados matices. Estos matices son: Artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dice: «En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social». Artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. «Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto». Se puede prohibir la salida de una persona de un país para impedir que una persona acusada de cargos abandone el país y no pueda ser juzgada Ninguna de las excepciones anteriores, limitadoras del derecho de movimiento, no deben obedecer a una decisión arbitraria ni ser de carácter permanente.

[30](#)Informe sobre desarrollo humano de 2009, *Superando barreras: movilidad y desarrollo humanos*, publicado para el programa de las Naciones Unidas para el desarrollo, disponible en [#sdfootnote31anc" _mce_href="#sdfootnote31anc" name="sdfootnote31sym"31P](#). BALBUENA, «Feminización de las migraciones», en *Revista aportes andinos*, 2003, nº 7, Universidad Andina Simón Bolívar. Programa Andino de Derechos Humanos, PADH, «Globalización, migración y derechos humanos», p. 16.

[32](#)De Lucas MARTÍN, «Las propuestas sobre políticas de inmigración en Europa y la nueva ley 4/2000 en España», en A. Colomer Viadel, (coord.), *Emigrantes y estabilidad en el Mediterráneo. La polémica Ley de extranjería*, Madrid, Nomos, 2001, pp. 133 y ss.

[33](#)J. De Lucas MARTÍN, «Las propuestas sobre políticas de inmigración en Europa y la nueva ley 4/2000 en España», *cit.*, 133 y ss.

[34](#)Véanse, sobre esta idea, los trabajos de M. ACALE SÁNCHEZ, «Mujeres, crímenes y castigo» en *Revista científica de educación y comunicación, Hachetetepé - Cárcel, Educación y Medios de Comunicación*, Primer semestre de 2011, pp. 16-17; M. ACALE SÁNCHEZ, «Hipótesis», en M. Acale Sánchez /M. R. Gómez López, (coords), en *Derecho Penal, Género y Nacionalidad*, Granada, Comares, 2015, pp. 4-5; y F. FLORES PALACIOS, «Vulnerabilidad y representación social de género en mujeres de una comunidad migrante», en *Revista Península (online)*, vol. IX, núm. 2, 2014, p. 43.

[35](#)En este sentido, la educación juega un papel esencial en este fenómeno. A lo largo de la historia hasta la actualidad miles de mujeres han sido educadas con la idea de reforzar ese patrón de futura madre y ama de casa tan arraigado en la sociedad. La enseñanza se ha dirigido hacia la moralidad y no hacia lo científico. Su objetivo se asentaba, en palabras de Pilar Ballarín Domingo en la «*formación del alma, del corazón, del carácter, de la voluntad y de los buenos modales, frente a la instrucción, que era lo que las corrumpía*». Asimismo, señalaba que en España los programas de estudios contemplaban asignaturas de marcado perfil doméstico tales como costura o cocina, entre otras. En el mismo sentido, se han visto privadas de su derecho a la educación universitaria por tratarse de formación estrictamente orientada a los hombres, ya que estos eran quienes tenían la obligación de mantener la economía del núcleo familiar. P. BALLARÍN DOMINGO, *La educación de las mujeres en la España contemporánea (siglos XIX-XX)*, Madrid, Síntesis, 2001, p. 33. Finalmente, todo se va a reflejar en el ordenamiento jurídico del momento como, por ejemplo, en el ámbito del derecho civil, donde se le ha brindó al marido una potestad marital que lo habilitaba para corregir a la esposa y que obligaba a ésta a obedecerle; así como la necesidad de una licencia marital a la esposa para poder realizar actuaciones jurídicas entre otros derechos, por estos que se les concedían únicamente al hombre. Sobre esta cuestión, L. F. RAGEL SÁNCHEZ, «Evolución histórica de los derechos de la mujer», en *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, 1994-1995, nº 12-13, pp. 326-328 y A. DE COSSIO Y CORRAL, «La potestad marital», en *Anuario de Derecho Civil*, 1948, vol. 1, nº 1, pp. 13 y ss. Al igual que el Código civil, el Código Penal se hacía eco también de esa inferioridad de la mujer frente al hombre, penalizaba el adulterio de la mujer y el amancebamiento. Sobre esta cuestión M. COBO DEL ROSAL, «El bien jurídico en el delito de adulterio (artículo 449 del Código penal)», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1963, tomo 16, fasc 3, pp. 510-530. En este sentido véase también la regulación de los delitos sexuales como «*los delitos contra la honestidad*» que han estado presentes en nuestro sistema jurídico penal hasta hace poco más de 16 años. Tal y como señala Asúa Batarrita «*las apelaciones a la honestidad consolidaban el imaginario reductor de la mujer por razón de las naturales funciones sexuales y de procreación --y de esposa-- y la idea de su fragilidad por razón del peligro de que le fuera arrebatada la honra, con el consiguiente ultraje al marido o a la familia que la tutela hasta tanto se despose*». A. ASÚA BATARRITA, «El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales», en P. Laurenzo Copello, /M. L. Maqueda Abreu/A. Rubio Castro, (coords.), *Género, violencia y derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch 2008, p. 136. Acale Sánchez, en la misma línea que Asúa Batarrita y Cobol del Rosal, deja presente cómo hasta el 23 de diciembre de 1961 no desapareció del catálogo de figuras delictivas la del uxoricidio, que consistía en matar a la esposa sorprendida en acto de adulterio. Como bien expone la autora, «*se trataba de una figura delictiva en el que la mujer desempeñaba un papel complejo, en la medida en que si bien era sujeto*

pasivo del delito, a su vez era la culpable del acto de adulterio a través del cual mancillaba el honor de su marido, pues su "mala reputación" la trascendía a ella misma, y llegaba hasta la honra de aquél que era quien detentaba su cuidado, y su representación social y legal». La respuesta penal frente al comportamiento de dar muerte a la esposa se castigaba con una mera pena de destierro que, como acertadamente señala Acale Sánchez, «*animaba a los esposos que sorprendieran en acto de adulterio a sus esposas a causarles la muerte*». M. ACALE SÁNCHEZ, «Análisis del código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal», en C. Villacampa Estiarte, (Coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 91-93.

[36](#)P. Ballarín Domingo, *La educación de las mujeres en la España contemporánea (siglos XIX-XX)*, cit., p. 33.

³⁷Según cifras de la Organización Internacional para la Migraciones (OIM). <https://www.iom.int/es/news/se-contabilizan-111514-llegadas-y-2360-muertes-en-el-mediterraneo-en-2017>. Véase asimismo, el centro de noticias de Naciones Unidas. Concretamente los siguientes enlaces: [#sdfootnote38anc" _mce_href="#sdfootnote38anc" name="sdfootnote38sym"38](#)Véase el Informe de 2017 de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) «*Las personas refugiadas en España y Europa*».

³⁹En virtud del mismo, la cifra total de personas desplazadas en el mundo en el año 2015 fue de 65,3 millones, 21,3 millones eran refugiadas (16,1 millones estaban bajo el amparo de ACNUR y 5,2 millones eran personas palestinas registradas por la UNRWA), 40,8 millones eran desplazadas internas y 3,2 millones, solicitantes de asilo, esto daba como resultado un incremento de 5,8 millones más que un año antes. Véase este informe en: [#sdfootnote40anc" _mce_href="#sdfootnote40anc" name="sdfootnote40sym"40](#)Se estima que, a fecha de 30 de junio de 2016, al menos 3,2 millones de personas se desplazaron de manera forzosa, de las que 1,5 millones se exiliaron y 1,7 millones se movieron dentro de las fronteras de sus países. El informe completo puede consultarse en: [#sdfootnote41anc" _mce_href="#sdfootnote41anc" name="sdfootnote41sym"41](#)Dato preocupante pues estamos ante la cifra más alta registrada hasta el momento sobre todo si se compara con la de los años anteriores: 3.784 personas fallecidas en 2015 y 3.279 en 2014. Los datos pueden consultarse en: <https://missingmigrants.iom.int/latest-global-figures>.

⁴²Fuente: [#sdfootnote43anc" _mce_href="#sdfootnote43anc" name="sdfootnote43sym"43](#)Fuente: [#sdfootnote44anc" _mce_href="#sdfootnote44anc" name="sdfootnote44sym"44](#)Por todos visto, D. CALDERÓN/I. DIEGO/P. FERNÁNDEZ DE CASTRO/A. GONZÁLEZ-PÁRAMO/J. MORILLO/F. NTUTUMU Y C. SANCHÍZ, *Antinmigración. El auge de la xenofobia populista en Europa*. Fundación por causa de periodismo e investigación, septiembre 2017; R. CALDUCH CERVERA, «Desplazamientos internacionales de población: categorías y marcos regulatorios», en *Efectos sobre la PCSD de la Unión Europea de la crisis migratoria*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2016; J. A. SANAHUJA PERALES, «La Unión Europea y la crisis de los refugiados: fallas de gobernanza, securitización y diplomacia chequera», en *Anuario 2015-2016 Retos inaplazables en el sistema internacional*, 2016, Fundación cultura de paz (CEIPAZ); E. GUILD, «La inmigración en la Unión Europea y la política de asilo», en *Vanguardia dossier*, 2015, nº 58; I. CLARO QUINTÁNS, «La normativa y las políticas de la Unión Europea sobre inmigración y asilo en 2012-2013», en *Anuario de la inmigración en España, Inmigración y emigración: mitos y realidades*, 2014; C. DE CASTRO SÁNCHEZ, «Seguridad, inmigración irregular y asilo: un conflicto a resolver para la Unión Europea», en *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, 2015, nº 1; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Control de fronteras, asilo e inmigración en la Unión Europea: un conflicto competencial no resuelto», en J. M. Baño León, (coord.), *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, Madrid, Centros de estudios políticos y constitucionales, 2016; F. SUÁREZ GONZÁLEZ, «¿Hacia nuevas políticas de inmigración y asilo?», en *España en la Unión Europea, balance y perspectivas: ciclo de conferencias celebrado durante los meses de noviembre y diciembre de 2015, con motivo del XXXº aniversario de la adhesión de España al Tratado de la Unión Europea «Diálogos sobre España en la Unión Europea*», Academia de Ciencias morales y políticas, Madrid, 2016; R. FERRERO TURRIÓN/G. PINYOL I JIMÉNEZ, «La mal llamada "crisis de los refugiados" en Europa: crisis, impactos y retos para la política de inmigración y asilo de la Unión Europea», en *Documentación social*, 2016, nº 180; A. GASTÓN CUENCA, «Incitación a la xenofobia, integración de las personas migrantes y partidos políticos de extrema derecha. Diferentes líneas jurisprudenciales», en A. Solanes Corella/E. La Spina (coords.), *Políticas migratorias, asilo y derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

⁴⁵CEAR, «*Las personas refugiadas en España y en Europa*», p. 42. Diponible en: [#sdfootnote46anc" _mce_href="#sdfootnote46anc" name="sdfootnote46sym"46](#)En este sentido Terradillos Basoco afirma que es contra el extranjero contra quien el sistema penal, se ejercita con mayor dureza, desplegando un mayor control social formal. J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Inmigración, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina», en L. R. Ruíz Rodríguez (coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, Albacete, Bomarzo, 2006, pp. 43 y ss.

[47](#)Véase sobre esta idea el trabajo de J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Una convivencia cómplice». En torno a la construcción teórica del denominado «Derecho penal del enemigo», en M. Cancio Meliá/C. Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, vol. II, 2006, pp. 1028 y ss.

[48](#)Información disponible en Eurostat. Statistics Explained. Asylum statistics. [#sdfootnote49anc"](#) [_mce_href="#sdfootnote49anc"](#) name="[sdfootnote49sym"](#)49Información disponible en Eurostat. Statistics Explained. Asylum statistics. [#sdfootnote50anc"](#) [_mce_href="#sdfootnote50anc"](#) name="[sdfootnote50sym"](#)50CEAR, «*Las personas refugiadas en España y en Europa*», p. 153. Diponible en: [#sdfootnote51anc"](#) [_mce_href="#sdfootnote51anc"](#) name="[sdfootnote51sym"](#)51Información disponible en Eurostat. Statistics Explained. Asylum statistics. [#sdfootnote52anc"](#) [_mce_href="#sdfootnote52anc"](#) name="[sdfootnote52sym"](#)52Anuario estadístico del Ministerio del Interior correspondiente al año 2016, editado en julio de 2017. Información disponible en: [#sdfootnote53anc"](#) [_mce_href="#sdfootnote53anc"](#) name="[sdfootnote53sym"](#)53Vid. sobre esta cuestión, ACNUR, «*Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y desplazadas internas. Guía para la prevención y respuestas*», mayo de 2003, «*Directrices sobre protección internacional: la persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los refugiados, y/o su protocolo de 1967*» HCR/GIP/02/01, 7 de mayo de 2002, «*Políticas legales y de protección series de investigación. El desplazamiento, la apatridia y las cuestiones relacionadas con la igualdad entre los géneros y con la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*» PPLAS/2009/02, agosto de 2009, «*Guía sobre las solicitudes de asilo relativas a la mutilación genital femenina*», mayo 2009, Disponibles en: [#sdfootnote54anc"](#) [_mce_href="#sdfootnote54anc"](#) name="[sdfootnote54sym"](#)54El día a día de las personas extranjeras en los Cies por el mero hecho de cometer una infracción administrativa, pueden tildarse de inhumanas, y en el caso de las mujeres, además están expuestas a violencia. Además, no en pocas ocasiones se han denunciado por parte de ONGs las grandes dificultades para acceder al procedimiento de asilo dentro de estos centros. Por todos véase, M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, «El internamiento de extranjeros en los CIE: una primera aproximación» en M. Martínez Escamilla (dir.), *Mujeres en el CIE. Género, inmigración e internamiento*, San Sebastián, Sareak, 2013; D. BOZA MARTÍNEZ, *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, Navarra, Aranzadi, 2016; M. REVENGA SÁNCHEZ/ J. J. FERNÁNDEZ ALLES, (coords.), *Los centros de internamiento de extranjeros. Régimen jurídico tras el Reglamento de 2014 y la STS de 10 de febrero de 2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016. A las críticas que desde los distintos foros se le viene haciendo a estos centros, se le suma la llevada a cabo a través del Auto 242/2016 de 12 de diciembre de 2016.

[55](#)Anuario estadístico del Ministerio del Interior correspondiente al año 2016, editado en julio de 2017. Información disponible en: [#sdfootnote56anc"](#) [_mce_href="#sdfootnote56anc"](#) name="[sdfootnote56sym"](#)56Sobre el efecto criminógeno que en ocasiones el propio sistema establece a través de mecanismos que impiden al individuo salir de la situación en la que se encuentra, véase por ejemplo, J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Reflexiones y propuestas sobre inmigración», en *InDret*, 1, 2010, pp. 7 y ss.

[57](#)Se comparte esta reflexión por M. ACALE SÁNCHEZ, «La residencia de mujeres víctimas de violencia de género», 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*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 338.

[58](#)Como han puesto de manifiesto los estudios feministas más realistas. Véase, por ejemplo, el de N. ARNAUD-DUC, «Las contradicciones del Derecho», en Duby/Perrot (dir), *Historia de las mujeres en Occidente*, Madrid, Taurus, 1993, p. 107.

[59](#)M. CASAL/R. MESTRE, «Migraciones femeninas» en De Lucas/Torres (edits), *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos? Algunos desafíos y (malas) respuestas*, Madrid, Talasa, 2002, p. 146. Se refiere asimismo a ese nexo clásico entre inmigración femenina y prostitución y alerta sobre los efectos negativos de la enfatización actual de ese fenómeno relacional en el imaginario colectivo, G.

CAMPANI, «Tráfico a fine di sfruttamento sessuale e *sex business* nel nuevo contesto delle migrazioni internazionali» en Carchedi et al. (coords.), *I colori della notte. Migrazioni, sfruttamento sessuale, esperienze di intervento sociale*, Milán, Franco Ángeli, 2000, p. 39.

[60](#)Una información más detallada de la evolución de los distintos textos internacionales en M. L. MAQUEDA ABREU, *Prostitución, feminismos y derecho penal*, Granada. Comares, 2009, pp. 9 y ss.

[61](#)Son muy expresivos los términos que se utilizaban en los instrumentos internacionales de la época («seducir», «desviar», «libertinaje», «vida depravada»). Habla de «pánico moral» animado por pasiones intrínsecamente simbólicas, G. RUBIN, «Penser le sexe. Pour une théorie radicale de la politique de la sexualité», en Rubin/Butler, *Marché au sexe*, París, Epel, 2001, p. 112.

[62](#)Literalmente, M. G. GIAMMARINARO, «La rappresentazione simbolica della tratta come riduzione in schiavitù» en F. Carchedi et al. (coords.), *I colori della notte. Migrazioni, sfruttamento sessuale, esperienze di intervento sociale*, cit., p. 98.

[63](#)Este texto propicia una confusión permanente entre prostitución (voluntaria), prostitución forzada, explotación sexual y trata. Disponible en [#sdfootnote64anc" _mce_href="#sdfootnote64anc" name="sdfootnote64sym"64](#)En sus puntos 20 y 23. Con más detalle, M. L. MAQUEDA ABREU, *Prostitución, feminismos y derecho penal*, cit., p. 31.

[65](#)La respuesta es la criminalización de «todas las formas de proxenetismo». Textos disponibles en [https://drive.google.com/open?id=0B4WZTmRFt-](https://drive.google.com/open?id=0B4WZTmRFt-iwbzRZXzgtRnh2SW8)

[iwbzRZXzgtRnh2SW8](https://drive.google.com/open?id=0B4WZTmRFt-iwbzRZXzgtRnh2SW8) y en [https://drive.google.com/file/d/0B4WZTmRFt-](https://drive.google.com/file/d/0B4WZTmRFt-iwQWRoSU5OWndsU2c/view?usp=sharing)

[iwQWRoSU5OWndsU2c/view?usp=sharing](https://drive.google.com/file/d/0B4WZTmRFt-iwQWRoSU5OWndsU2c/view?usp=sharing).

[66](#)J. M. CHAUMONT, *Le mythe de la traite des blanches*, París, La Découverte, 2009, pp. 281, 284.

[67](#)Aunque es cierto que en su interior la perspectiva de género no acaba de abandonarse. Véase L. BRUSSA, «La prostitution, la migration et la traite des femmes: donnees historiques et faits actuels (1)». *Actes du Seminaire sur la lutte contre la traite des femmes et la prostitution forcée en tant que violations des droits de la personne humaine et atteinte à la dignité humaine*. Strasbourg, 25-27 septembre 1991. Conseil de l'Europe, pp. 38 y ss.

[68](#)G. CAMPANI, «Tráfico a fine di sfruttamento sessuale e *sex business* nel nuevo contexto delle migrazioni internazionali», cit., p. 47.

[69](#)Insiste en las raíces estructurales de esos flujos migratorios, J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Reflexiones y propuestas sobre inmigración», *InDret, Revista para el Análisis del Derecho* nº 1 (2010), p. 114.

[70](#)GLOBAL ALLIANCE AGAINST TRAFFIC IN WOMEN (GAATW), *Mas allá de las fronteras: explorando los enlaces entre Trata, Globalización y Seguridad*. Serie de Documentos de trabajo. Alianza Global contra la Trata de mujeres y Clínica Internacional de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos y Justicia Global. Facultad de Derecho de Nueva York, 2010, pp. 11 y ss.

[71](#)Según el Informe de la Relatora Especial para la trata de personas en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, M. G. GIAMMARINARO, son los países más ricos los que atraen a víctimas de diversos orígenes y estados a diferencia de los menos prósperos que se ven afectados principalmente por corrientes de trata internas o subregionales. Resolución 2618, Asamblea General. Naciones Unidas, A/HRC/29/38, 31 de marzo de 2015, p. 6.

[72](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Reflexiones y propuestas sobre inmigración», cit., p. 14. Sobre el *status* penal del «enemigo-inmigrante», A. I. PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico*

internacional ilícito de personas y derecho penal, Granada, Comares, 2004, pp. 336 y ss.

[73](#)GAATW, *Más allá de las fronteras: explorando los enlaces entre Trata, Globalización y Seguridad*, pp. 27 y ss.

[74](#)Así también, M. G. GIAMMARINARO en su Informe de 2015 sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, p. 7.

[75](#)Ponente, B. LOCHBHLER, de la Subcomisión de Derechos Humanos, 2015/2340(INI), pp. 6 y ss.

[76](#)Lo denunciaba también recientemente el Parlamento Europeo en ese mismo Proyecto de Informe (2014-2019) cuando lamentaba la infame realidad de la trata de seres humanos, «un negocio en alza a costa del sufrimiento humano que está vigente en todas las sociedades y economías de manera profunda y persistente», donde el número de víctimas reconocidas sigue siendo muy inferior al número estimado y la proporción de casos llevados ante los tribunales extremadamente reducida al tiempo que siguen careciendo de la protección y el apoyo adecuados y de las medidas necesarias para restablecer sus derechos fundamentales. Véase esa ponencia en 2015/2340(INI), *cit.*

[77](#)Comparecencia de M. GONZÁLEZ MANCHÓN ante la Subcomisión el día 8 de mayo de 2017, pp. 187, 188.

[78](#)A lo que se refiere J. M. TERRADILLOS BASOCO en relación a la política criminal de la Unión Europea que se continúa y se refuerza en el Estado español orientada unilateralmente a la criminalización de los «pérfidos» comerciantes de personas. «Sistema penal e inmigración», en F. Pérez Álvarez (ed.), *Serta. In memoriam Alexandra Baratta*, Universidad de Salamanca, 2004, p. 1464. También, A. DAUNIS RODRÍGUEZ, «El enfoque trafiquista y la perspectiva de género en la prostitución y la trata de seres humanos», en P. Laurenzo/R. Durán, *Diversidad cultural, género y derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 640 y ss.

[79](#)Una información más amplia en R. M. MESTRE i MESTRE, «La protección cuando se trata de trata en el Estado español», *Revista Interdisciplinar de Mobilitate Humana*, vol. 19, 37 (2011), pp. 29 y ss. Denuncia el significativo impulso que dos años antes había dado el Estado español en favor de políticas represivas, policiales y de control en el Consejo Europeo de Sevilla en 2002, JM. TERRADILLOS BASOCO, «Las políticas penales europeas de inmigración» en L. M. Puente Alba (dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*, Granada, Comares, 2008, p. 203.

[80](#)C. VILLACAMPA ESTIARTE *El delito de trata de seres humanos*, Navarra, Aranzadi/Thomson, 2011, p. 58. También, U. BHOOLA, «Los nuevos retos para la erradicación de las formas contemporáneas de esclavitud», en E. Pérez Alonso (dir.) *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 56.

[81](#)Así también, C. VILLACAMPA ESTIARTE, «La moderna esclavitud y su relevancia jurídico penal», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª época, nº 10 (2013), p. 332.

[82](#)C. VILLACAMPA ESTIARTE, «La moderna esclavitud y su relevancia jurídico penal», *cit.*, pp. 312, 313.

[83](#)E. BEDMAR CARRILLO, «Concepción jurisprudencial de las formas contemporáneas de esclavitud», en E. Pérez Alonso (dir.) *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, *cit.*, pp. 211 y ss.

[84](#)Sobre el proceso, véase G. SHAHINIAN, «Caracterización general de las formas contemporáneas de esclavitud», en E. Pérez Alonso (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, *cit.*, p. 34.

[85](#)Con detalle, E. BEDMAR CARRILLO en referencia al caso Kunarac. «Concepción jurisprudencial de las formas contemporáneas de esclavitud», *cit.*, pp. 228 y ss. Comparte la

propuesta del texto, E. POMARES CINTAS quien ofrece una relación interesante de criterios identificativos de toda forma de trabajo esclavo; en «Directrices para el análisis y persecución penal de la explotación económica en condiciones de esclavitud o similares» en E. Pérez Alonso (dir.) *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, cit., p. 788. Creo que también M. GARCÍA ARÁN se sitúa en esa misma línea cuando sugiere hablar de «nueva esclavitud» como equivalente «a la situación fáctica por la que se le trata como objeto a disposición de otro, ejerciendo sobre él los atributos del derecho de propiedad, no el derecho mismo»: en «Trata de personas y regulación de la prostitución», en E. Pérez Alonso (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, cit., p. 661.

[86](#)Y su correspondiente poder simbólico en los términos que describe A. BORDIEU, «La fuerza del Derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico» (Cap. V). *Poder, derecho y clases sociales*, 2ª ed, (2001), Desclée de Brouwer, pp. 184 y ss. Ampliamente también, F. SAGESSE, en un artículo de 2010, «La sobredeterminación del discurso jurídico en materia de derechos humanos», disponible en sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/20203/Documento_completo.pdf?sequence=1, pp. 345 y ss.

[87](#)Así, J. A. NAVARRO FERNÁNDEZ, «¿Es Qatar un estado esclavista? Sobre el uso y abuso del concepto de esclavitud», en E. Pérez Alonso (dir.) *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, cit., p. 139.

[88](#)ML. MAQUEDA ABREU, «La prostitución: el "pecado" de las mujeres», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 35 (2017), pp. 75 y ss.

ÍNDICE:

I. ESTUDIOS DE PARTE GENERAL

1. La investigación en Derecho penal

Investigar en derecho penal: las enseñanzas de un Maestro

Esther Hava García

Hacia una dogmática jurídico penal como sistema abierto

María José Rodríguez Mesa

Contexto, interdisciplinariedad y dogmática penal

Diana Patricia Arias Holguín

La implantación de los estudios oficiales de criminología en España

José Luis Díez-Ripollés

Derecho Penal y Psiquiatría. De cómo una psiquiatra se aventuró por el mundo penal y criminológico siguiendo al Prof. Terradillos

Julia Cano Valero

Diversidad cultural y Derecho penal

Guillermo Portilla Contreras

Reformas penales y gobernar a través del delito: el caso peruano

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Bienes jurídicos, valores y derechos: satisfacción de necesidades y lucha por el reconocimiento

Mercedes Alonso Álamo

Derecho penal y utopía garantista: una visión latinoamericana

Juan Oberto Sotomayor Acosta

Notas básicas sobre la autoría a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP español): Autoría y significado específico del hecho

Carlos Martínez-Buján Pérez

Sobre la interpretación en Derecho Penal

Iván Meini

2. Evolución histórica de la Ciencia del Derecho penal

Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura

Francisco Muñoz Conde

Metamorfosis del Derecho penal del Estado de Derecho

Eduardo Demetrio Crespo

La Ilustración hispana frente al encierro punitivo: la obra de Lardizábal en su discípulo Joseph

Marcos Gutiérrez

Alejandro W. Slokar

1917: La Constitución del Estado social y democrático de derecho en México

Luis Arroyo Zapatero

3. Constitución y ley penal: la imposible convergencia

Exigencias normativas de legitimidad en la ley penal. Constitución y teoría de la legislación penal

Gloria González Agudelo

Los tipos de omisión impropia y el principio de legalidad estricta

Luis Fernando Niño

4. Política y Derecho penal en Europa

¿El Brexit es un reto para la política criminal de la Unión Europea?

María Acale Sánchez

El proceso de integración penal europea

José Luis de la Cuesta Arzamendi

Cultura política de la UE y racionalidades penales nacionales: Reflexiones sobre la penalidad migratoria

José Ángel Brandariz García

El paradigma de la privación de libertad de solicitantes de protección internacional en Europa: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. el Derecho de la Unión Europea

Esther Pomares Cintas

Abusos de mercado y Derecho penal: España e Italia frente al impulso europeo

Adán Nieto Martín

Luigi Foffani

5. Peligrosidad social y Estado de Derecho

A vueltas con el Derecho penal de la peligrosidad

Rafael Rebollo Vargas

Los disfraces de la peligrosidad (la pena del delito común contra la propiedad)

Raúl Zaffaroni

Los «anormales» y su discriminación penal

Nicolás García Rivas

6. Consecuencias jurídicas del delito

¿Penas o medidas?: del garantismo a la confusión

Mercedes García Arán

El castigo de la delincuencia económica y el riesgo de derecho penal de autor

Gonzalo Quintero Olivares

Nuevas tendencias penológicas: hacia la penología del control

Borja Mapelli Caffarena

La prisión permanente revisable: crónica de una derogación anunciada

María del Mar Martín Aragón

7. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

El órgano de cumplimiento en la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: indefiniciones y precisiones

Norberto J. de la Mata Barranco

La conveniencia de la responsabilidad penal de los partidos políticos

Joan Baucells Lladós

Sobre las inconcebibles naturaleza y función penales y sancionatorias de las erróneamente denominadas «penas», medidas de seguridad «penales» u otra especie de sanciones «penales» aplicables a personas jurídicas

Luis Gracia Martín

8. Justicia penal de transición, impunidad y memoria

Ley de Amnistía. Cuarenta años después

Araceli Manjón-Cabeza Olmeda

II. ESTUDIOS DE PARTE ESPECIAL

1. El Derecho penal de la Globalización

Violencia e impunidad: Examen al Estado

Arturo Ventura Püschel

Francisco Javier Álvarez García

La violencia como elemento del delito de rebelión

Miriam Cugat Mauri

Delimitación de las modalidades de conducta en el delito de atentado: el significado de agredir, acometer y oponer resistencia

María del Mar Carrasco Andrino

Francisco Javier Álvarez García

Actualizar la prohibición del genocidio y las masacres

Ramón Sáez Valcárcel

Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de Derechos Humanos en el marco del Derecho penal internacional

Ana Isabel Pérez Cepeda

Derecho penal y exclusión social. El «top manta» en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial

Margarita Martínez Escamilla

La protección penal del crédito después de la crisis económica

Hernán Hormazábal Malarée

La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis. Análisis jurisprudencial

Juan Muñoz Sánchez

Regulación del cannabis: aportes político-criminales para la construcción de alternativas al modelo prohibicionista de control de las drogas

Diego Silva Forné

2. Corrupción

Corrupción pública en Latinoamérica

Fabián Luis Riquert

Crimen organizado, corrupción y responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú

José Ugaz S. M.

El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la Administración pública y por soborno transnacional en el debate parlamentario argentino de 2017

Carlos Julio Lascano

Delito de «cohecho electoral»

Lorenzo Morillas Cueva

«Rendición de cuentas y transparencia» como instrumentos de lucha contra la corrupción de los partidos políticos

M^a José Rodríguez Puerta

3. Derecho penal económico y de la empresa

La protección penal del consumidor digital

Luis Ramón Ruiz Rodríguez

El fantasma del administrador de hecho y otras cuestiones fundamentales en los delitos societarios

José Manuel Ríos Corbacho

Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal colombiano

Fernando Velásquez Velásquez

Valoración de la vigente tutela penal de la propiedad intelectual tras la reforma del Código de 2015

Luis Rodríguez Moro

La vigencia de la categoría delito de cuello blanco cuando los delitos socioeconómicos se comenten en contextos normalizados

Laura Zúñiga Rodríguez

Estafa y fraude de subvenciones: una revisión de sus relaciones concursales

M^a del Carmen Gómez Rivero

¿Nueva alternativa a la pena en materia penal tributaria y previsional en Argentina?

Marcelo A. Riquert

Delito de defraudación tributaria y blanqueo de capitales. Reflexiones en supuestos de

regularización tributaria con efectos penales

Fermín Morales Prats

El paralelismo procedimental en la persecución del delito de defraudación tributaria

Juan Carlos Ferré Olivé

4. Delitos patrimoniales

A vuelta con el principio de proporcionalidad, de «non bis in idem» y la multirreincidencia en el delito de hurto: Análisis de la STS 481/2017, de 28 de junio

Carmen Salinero Alonso

5. Derecho penal del trabajo

Contextualizando el «Derecho Penal del Trabajo»

Antonio Baylos Grau

El empresario, principal sujeto obligado a garantizar un medio de trabajo seguro y saludable

Joaquín Aparicio Tovar

¿Existió alguna vez un verdadero Derecho penal del trabajo?

Manuel Jesús Dolz Lago

Derecho penal del trabajo en Colombia

Alfonso Cadavid Quintero

Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa?

Eduardo Ramón Ribas

Pesca ilegal y contratación de trabajadores extranjeros: la Sentencia Varepi

Inma Valeije Álvarez

Proxenetismo lucrativo: ¿una modalidad diferente de explotación laboral?

Beatriz Cruz Márquez

A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?

Ignacio F. Benítez Ortúzar

El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo

Fernando Navarro Cardoso

¿Se acabaron las mayorías absolutas parlamentarias! Una crónica política hacia la descriminalización del ejercicio del derecho de huelga

Rosario de Vicente Martínez

La conducta típica del delito de coacciones a la huelga (art. 315.3 CP)

Bárbara San Millán Fernández

La técnica de tipificación y su relación con la aplicación de los delitos que protegen la vida y la salud de los trabajadores

Cristina Méndez Rodríguez

Disfunciones del sistema judicial en el ámbito penal de la siniestralidad laboral

María Revelles Carrasco

La siniestralidad laboral como delito: consecuencias aplicativas

Rosa M. Gallardo García

Siniestralidad laboral y responsabilidad penal por delitos contra la vida o la salud cometidos en comisión por omisión imprudente en el ámbito empresarial

Carmen López Peregrín

La incidencia de la «nueva» imprudencia menos grave en la siniestralidad laboral

M^a José Cuenca García

6. El delito de inmigración ilegal y la trata de personas

El CP español como paradigma del Derecho de la «crimigración»

Diego Boza Martínez

Reconocimiento del derecho de asilo en España a mujeres víctimas de violencia de género

María del Rosario Gómez López

Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres humanos

María Luisa Maqueda Abreu

7. Protección penal del medio ambiente: luces y sombras

La red para la protección ambiental en el Código penal tras la reforma de 2015: los resultados típicos

Paz M. de la Cuesta Aguado

El medio ambiente y la necesidad de coordinación policial como medio de investigación

Antonio Vercher Noguera

Incertidumbre científica y certeza jurídica. La plasmación del Principio --medioambiental-- de precaución en Derecho penal

Mariana N. Solari Merlo

Protección penal del medio ambiente en la Unión Europea. Luces y sombras

Maria Marquès i Banqué

Compliance ambiental: aspectos esenciales, a la luz de la reforma penal de LO 1/2015, de 30 de marzo

Elena M. Górriz Royo

8. Ideología y valores religiosos en el Código Penal

Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados

Patricia Laurenzo Copello

9. Terrorismo y Derecho

El terrorismo global yihadista: ¿Límites a un derecho penal exagerado?

Juan Carlos Campo Moreno

Reflexiones sobre el terrorismo: del terrorismo nacional al terrorismo global

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

La dimensión política del terrorismo

Carmen Lamarca Pérez

Terrorismo: entre el derecho penal y la seguridad nacional

Antonio M. Díaz Fernández

Contraterrorismo

José L. González Cussac

Inteligencia y contrainteligencia en Chile. El monopolio de la violencia estatal frente al terrorismo y sus distorsiones

Myrna Villegas Díaz

Cristian Parada Bustamante

Reflexiones actuales sobre la lucha contra el terrorismo

Miguel Ángel Núñez Paz

Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal

María Luisa Cuerda Arnau

Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»

Juan Carlos Carbonell Mateu

Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos «Cesar Strawberry» y «Cassandra Vera»

Fernando Miró Llinares

De la prevención del blanqueo de capitales a la de la financiación del terrorismo

Patricia Faraldo Cabana

III. ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL

La reparación de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el Derecho Penal

Octavio García Pérez

Sobre los altos tribunales y la «mística» de la inmediación

Perfecto Andrés Ibáñez

Álvaro Burgos

Documento TOL6.932.378

Doctrina

Título: LIBER AMICORUM. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco

Autores: [Antonio Vercher Noguera](#), [Elena M. Górriz Royo](#), [Mariana N. Solari Merlo](#), [María Marqués i Banqué](#), [Paz M. Cuesta Aguado](#)

Fecha: 11/2018

Número epígrafe: 15

Título epígrafe: Capítulo 15. Protección penal del medio ambiente: luces y sombras

TEXTO:

7. Protección penal del medio ambiente: luces y sombras

La red para la protección ambiental en el Código penal tras la reforma de 2015: los resultados típicos

Paz M. de la Cuesta Aguado

Catedrática de Derecho Penal

Universidad de Cantabria

I. INTRODUCCIÓN¹

El primer texto que recuerdo de mi maestro, el Prof. Dr. Dr.h.c. Juan Terradillos Basoco, fue el proyecto de investigación que defendió en su acceso a la cátedra de Derecho penal de la Universidad de Cádiz. Se trataba de una seria reflexión sobre las diversas modalidades de resultados posibles en los delitos de peligro y la distinción --entonces en pleno debate-- entre los delitos de peligro de mera actividad (delitos de peligro abstracto) y delitos de peligro de resultado (delitos de peligro concreto), así como de la *reinterpretación* de aquellos para adecuarlos a las nuevas exigencias de una doctrina democrática --lo que no era más que la búsqueda de argumentos para limitar un Derecho penal hasta pocos años antes totalitario y a la jurisprudencia que lo había aplaudido interpretándolo--. Aquella lectura influyó decisivamente en lo que fue mi tesis doctoral (sobre delitos relacionados con la energía nuclear y radiaciones ionizantes) y, al final, sobre todo mi trabajo investigador. Estos son temas que ni de lejos han sido olvidados por la doctrina actual. Todo lo contrario: los mayores y más actuales avances de la Teoría General del Delito se han producido en torno a la clasificación de los delitos según su estructura típica (de resultado y qué clase) a partir, sobre todo, del desarrollo del derecho penal ambiental, materias, ambas, en las que el Prof. Terradillos Basoco es una autoridad.

Las sucesivas reformas al Código penal español han afectado de forma significativa, precisamente, a la configuración del peligro en los delitos contra el medio ambiente (tanto a los delitos contenido en el Capítulo III del Título XVI del Libro II del Código penal, como a los delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes de la Sección 1^a, Capítulo I Título XVII, Libro II del Código penal). Por eso, en este trabajo, siguiendo la estela dejada por mi maestro, quisiera, siquiera brevemente, detenerme en los problemas interpretativos que se plantean en torno a la configuración de los resultados típicos de este grupo de delitos tras las reformas del Código penal de 2010 y 2015.

II. RESULTADO Y BIEN JURÍDICO

La relación entre resultado de peligro y bien jurídico protegido (y, en consecuencia, en función de ella, la estructura típica de las posibles distintas modalidades de delitos de peligro, con las variaciones terminológicas propias de cada autor, escuela o grupo de delitos que se analice) es un problema que ha sido abordado en numerosas ocasiones por la Doctrina que, sin embargo, hace algún tiempo se ha instalado con comodidad en una argumentación circular y de escasa consistencia lógica. El punto de partida de esta cuestión, centrada específicamente en los delitos que nos ocupan, es la afirmación, en general, de que el bien jurídico protegido es el Medio Ambiente y de que se trata de

un bien jurídico protegido colectivo, abstracto, cuya definición y delimitación está clara en el ámbito de las ideas, menos clara en el ámbito dogmático, donde, así planteado, prácticamente no sirve para nada (y de hecho, en numerosas ocasiones, es más bien la *ratio legis* del correspondiente delito). A partir de esta afirmación inicial, se distinguirán los delitos ambientales en función del resultado típico de peligro o su ausencia, porque el segundo dogma es que los bienes jurídicos colectivos solo pueden ser protegidos mediante delitos de peligro --postura que, como he adelantado en otras ocasiones, no comparto--. De modo que nos encontraríamos ante bienes jurídicos abstractos (sin referente material) protegidos por delitos altamente normativizados, cuya estructura y consumación depende de un resultado típico entendido también en sentido normativo (probabilidad de lesión) respecto de un valor difícilmente mensurable en la realidad. En consecuencia, según la posición mayoritaria en España, el Medio Ambiente, como bien jurídico colectivo solo podría ser protegido mediante delitos de peligro abstracto, salvo que expresamente el tipo previera la «concreta puesta en peligro», lo que como veremos, cuando sucede, se hace depender --la puesta en peligro-- no tanto del bien jurídico Medio Ambiente cuanto de otros valores, bienes jurídicos u objetos de la acción.

La cuestión se ha tornado especialmente compleja tras las reformas del Código penal de 2010 y 2015 --sobre todo con esta última-- que han «reconstruido» el diseño de la intervención penal para la protección del medio ambiente, y, por ende, para la vida y salud de las personas². Y lo han hecho introduciendo nuevas modalidades típicas, pero también y sobre todo, configurando nuevos resultados de peligro punibles, según trataré de exponer a continuación.

A) La LO 5/2010, de 22 de junio modificó los artículos 343 y 345 CP³, relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes condicionando, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, a los efectos que nos interesan, la consumación del delito a la puesta en peligro de la «calidad» de ciertos objetos o elementos ambientales. Esta novedosa referencia a la «calidad de objetos ambientales» --que, de lejos, recuerda al debate doctrinal sobre la aplicación de los delitos de contaminación en el Código penal alemán-- se debe, según el Legislador, a la necesidad de adecuar nuestro derecho interno (los delitos afectados) a la Directiva 2008/99/CE⁴ que, efectivamente, ordenaba la armonización y establecía unos mínimos de intervención⁵. No puede negarse, en relación a la necesidad de la reforma de estos preceptos, que ya habían recibido algunas críticas por parte de la escasa doctrina especializada⁶, si bien las críticas recibidas no iban precisamente en la línea de la reforma, que opta por incorporar alguna nueva conducta prohibida y por la transcripción literal de la Directiva con la «coletilla» *que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas* (todo ello, sin comprobaciones ulteriores; es decir, sin hacer una comprobación de si las nuevas modalidades delictivas interferían con otros delitos preexistentes y cómo).

Tras la reforma de 2010, los preceptos afectados conservaron aún una cierta especificidad, pues tanto el art. 343 CP como el art. 345 CP, siguieron manteniendo las funciones que les había asignado el legislador de 1995 (protección personal frente a exposiciones radiactivas singulares, el art. 343 CP, y persecución penal del mercado ilegal de fuentes radiactivas, el art. 345 CP). Pero, tras la reforma de 2010, el art. 343 CP incorpora un nuevo delito de contaminación radiactiva --innecesario porque ya disponíamos del art. 325 CP-- y mantiene el delito de exposición singular a radiaciones ionizantes, con lo que, en parte, se distancia del texto de la Directiva. Como consecuencia de ello, se sanciona con la misma pena dos posibles resultados que, en principio, no parecen iguales: «poner en peligro la vida, integridad, salud o bienes de una o varias personas»⁷ y «poner en peligro la calidad del aire, del suelo o de las aguas o a animales o plantas»⁸.

El art. 345 CP, sin embargo, ya transcribe literalmente la Directiva para caracterizar a ciertas sustancias radiactivas peligrosas, con lo que da por incorporado a nuestro ordenamiento jurídico el párrafo 3 e) de aquella⁹.

B) En la misma línea, la LO 1/2015 de 30 de marzo, modificó los artículos 325.1 CP; 326.1 CP; 326 bis CP y, de nuevo, el artículo 345 CP, para adecuarlos a la Directiva de 2008 --aunque no se entiende por qué no lo hizo ya en 2010--, consolidando con ello, la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la protección (¿autónoma?) de «la calidad» del agua, suelo y aire --o, al menos, la «coletilla»-- y, entre todos ellos configurando diversas modalidades de puestas en peligro, según el grado de intensidad y el objeto protegido, con lo que, tras la reforma de 2015, la «red de protección» ambiental diseñada por el Código penal quedaría de la siguiente forma:

1. En relación con los bienes jurídicos «Vida» o «Salud de las personas»

1.1. Resultados lesivos

Entre los delitos ambientales, los arts. 326.1 *in fine* ¹⁰ y 326 bis ¹¹ CP prevén un resultado de lesión para bienes jurídicos individuales, consistente, según el texto legal en *causar muerte o lesiones graves a personas* ¹².

Este resultado típico de lesión es transcripción literal de la Directiva de 2008 --lo que, desde luego, no lo justifica-- y podría tener el efecto inmediato de introducir tipos privilegiados de homicidio y de lesiones graves (al menos, las subsumibles en los arts. 149 y 150 CP). ^{11 12}

En estas condiciones, de una primera lectura al menos, podría deducirse que, saldría más «económico», en términos penales, matar a una persona en una instalación de las descritas y realizando la conducta típica (la pena a imponer sería de prisión de 6 meses a 2 años, multa de 10 a 14 meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de 1 a 2 años) que disparando un arma de fuego (pena a imponer *ex* 138 CP, prisión de 10 a 15 años). Por ejemplo: quien explota (gestiona) una instalación para el almacenamiento de cianuro (sustancia peligrosa), contraviniendo la ley y generando un riesgo vital que se utiliza para causar la muerte (o sea, para matar al sujeto pasivo). Desde luego esta posibilidad es francamente inquietante y alerta sobre la calidad de la reforma.

Tal resultado podría ser salvado, sin embargo, a costa de prescindir de esta modalidad típica. Y es que tanto el art. 326 CP como el 326 bis CP remiten a las penas previstas en el art. 325 CP, «en sus respectivos supuestos» --lo que ha de entenderse como a los «respectivos resultado típicos»-- y en este precepto (art. 325 CP) no se prevé un resultado de «causar muerte o lesiones graves a las personas». Es decir, al no prever el art. 325 CP una modalidad típica cuyo resultado sea la muerte o la lesión graves, la remisión que realizan los arts. 326 y 326 bis CP queda vacía de contenido: no hay marco penal de referencia. MARQUES I BANQUÉ ¹³, ante el evidente olvido del Legislador, cuando se cause la muerte de una persona propone aplicar el precepto con la pena más grave, en este caso, el art. 138 CP, en base al principio de alternatividad. Quizá sea esta la solución más razonable, pero matizando que, en realidad, no se impondrá la pena más grave, sino la única pena prevista --la del art. 138 CP-- (solo en ese sentido la más grave) ya que ni el art. 326 ni el art. 326 bis CP, como hemos visto, determinan la pena a imponer a estas modalidades típicas. *Mutatis mutandis*, idéntica sería la solución en caso de lesiones graves; solución que, en todo caso, no debe evitar una crítica fortísima a la redacción típica ¹⁴.

1.2. Resultados de peligro

La comparación entre los distintos resultados de peligro típicamente previstos en relación con los bienes jurídicos personalísimos (Vida y Salud de las personas) en los delitos que ahora nos ocupan muestra un panorama más complejo y un diseño casi *daliniano* con las siguientes formulaciones:

1. «que *puedan* causar muerte o lesiones graves a personas» en los arts. 326.1 CP *in fine* y 326 bis (posteriormente se abordará el caso especial del art. 345 CP);
2. «que ponga en peligro la vida, integridad, salud ¹⁵ de una o varias personas» en el art. 343.1 CP;
3. que hubiera creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas (art. 325.2 apartado segundo CP).

¿Cuál es la diferencia entre «poder causar la muerte» y «ser peligroso para la vida»? La respuesta es realmente difícil, pues, en definitiva, ambas formulaciones hacen referencia a una misma realidad: el peligro para la vida (o la salud), razón por la que los resultados que hemos numerado como 1 y 2 son considerados como de peligro concreto para la vida (o salud, según el caso). Mayores diferencias pueden detectarse entre «poner en peligro la salud» o «crear un riesgo de grave perjuicio para la salud» --y no me refiero a las evidentes incorrecciones de esta última fórmula--. En este sentido, actualmente, la posición doctrinal y jurisprudencial más consolidada ha optado por abandonar la caracterización del resultado de «riesgo de grave perjuicio» como de peligro concreto para vincularlo a otras modalidades (peligro hipotético o idóneo) ¹⁶. Obsérvese en este punto que la referencia a las personas (que padecen el peligro) se realiza en plural (personas) excepto en el art. 343.1 CP, donde se matiza que el peligro puede afectar a «una o varias personas». La razón de ello hay que buscarla en el significado histórico de este art. 434 CP, dirigido a proteger a las personas de fuentes radiactivas, que, aunque distorsionado en el actual art. 343 CP, sigue siendo, en la práctica, el sentido del precepto ¹⁷.

2. En relación con bienes jurídicos patrimoniales (resultado de peligro)

El art. 343.1 CP opta por la más aceptable fórmula de «poner en peligro los bienes de una o varias personas» --lo que se entiende en sentido patrimonial-- y que, en línea con la interpretación defendida en el punto anterior, debería configurarse como un resultado de peligro concreto.

3. En relación con bienes jurídicos ambientales

3.1. Resultados lesivos

Como hemos advertido más arriba, no es generalizada la opinión según la cual los bienes jurídicos colectivos pueden ser objeto de protección mediante delitos de lesión. Sin embargo, tras las reformas introducidas en el conjunto de delitos que estamos analizando en 2010 y 2015, algunas modalidades típicas hacen referencia a la producción de daños efectivos en la «calidad» de objetos ambientales que sirven como sustrato a los ecosistemas: el aire, el suelo y las aguas. La concreta redacción típica, en relación a estos resultados lesivos, que se repite en los arts. 325.1 ¹⁸, 326.1 y 326 bis CP sería la siguiente ¹⁹:

- Modalidad 1: causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas.

- Modalidad 2: causar daños sustanciales a animales o plantas.

Los preceptos relacionados contienen una variopinta *acumulación* de modalidades típicas conformadas por cada uno de los numerosos verbos típicos y cada uno de los, también numerosos, resultados típicos. De modo que, en este momento, un ejemplo de modalidad típica aisladamente considerada, del art. 326 CP, por ejemplo, podría ser: *quienes (...) transformen (...) residuos (...) de modo que causen daños sustanciales a la calidad del aire (...)*. De entre todas las modalidades posibles, por supuesto, hay que excluir aquellas que describen supuestos de hecho inimaginables en la realidad.

Pues bien, una vez desglosado y *deconstruido* cada uno de los preceptos, aún surge la duda de qué debe entenderse por «causar daños sustanciales» referido, sobre todo a animales y plantas ²⁰. Como no cabe más que una interpretación gramatical, a partir de los términos típicos, habría que concluir que «causar daños sustanciales» a un animal no es matarlo --eso sería, en el lenguaje del Legislador «causar la muerte» (*rectius*: matar)--, por lo que habría que entender por tal originar graves daños (lesiones) físicos. Por tanto, causar la muerte sin causar graves daños, parece que sería atípico (por ejemplo: causar la muerte con una sustancia que paraliza el corazón pero que no provoca «daño» más allá del «funcional» que es equivalente a la muerte). De modo que, a partir de que se ponga en peligro la integridad física de animales o plantas, cualquier resultado más grave que implique lesión merecería idéntica pena --lo que, de nuevo, quiebra el principio de proporcionalidad (además de plantear problemas concursales-- de leyes --entre estos delitos y los delitos contra la fauna y la flora)-- pero podría dejar impunes conductas aún más graves que no originen menoscabo físico (lesión), según esta interpretación que, desde luego, es literal y conduce al absurdo (y, por tanto, previsiblemente forzará una interpretación *creativa*, que excederá los límites del significado gramatical de los términos).

De entre todas las cuestiones que plantea la interpretación de este resultado típico, en las que no nos podremos detener ahora, me gustaría resaltar la relacionada con la función dogmática de los objetos de la acción típica que deben verse lesionados o menoscabados para que se consume la correspondiente modalidad típica. O dicho de otro modo: ¿la «calidad del aire» es el objeto de la acción o el bien jurídico protegido? La cuestión desde luego es compleja, pero, además, adquiere tintes ideológicos cuando se formula en relación con los animales: dado el paralelismo entre el resultado de «causar muerte o lesiones graves a las personas» y el de «causar daños sustanciales a los animales»: ¿está el Legislador protegiendo como bien jurídico autónomo la vida o la salud de los animales, de la misma forma que sucede con la vida o salud humanas?

3.2. Resultados de peligro

De forma similar a lo planteado en los apartados II. 1.1 y 1.2 de este trabajo, se equiparan en pena a los resultados lesivos relacionados en el apartado anterior, los siguientes resultados de peligro:

1. que pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas (art. 325.1, 326.1, 326 bis CP);

2. que pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales ²¹ (325.2 CP);

3. que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales (326.1 y 326 bis *in fine* CP).

Empecemos de nuevo por la interpretación gramatical: más allá de cuestiones de estilo y aunque me parezca preferible usar, en este caso, el futuro de subjuntivo --ni presente, ni pretérito perfecto--, no

puede apreciarse, en el estado actual de uso del modo subjuntivo diferencia alguna entre los distintos tiempos verbales. Por tanto, ha de considerarse que tanto «pudieran» como «puedan» perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales tienen un significado idéntico y sirven para configurar modalidades típicas de peligro de «resultado no concreto». O sea, no son ni delitos de peligro abstracto, ni delitos de peligro concreto. Tampoco, en mi opinión, son delitos de aptitud, lo que nos sitúa en el ámbito de los delitos de peligro idóneo, idoneidad lesiva o peligro hipotético, según la preferencia terminológica.

Queda pendiente aún otra cuestión en este punto. Hay aun que pronunciarse sobre la (eventual) diferencia entre «causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas» y «perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales» --porque parece razonable pensar que si se «causa un daño sustancial a la calidad del aire», por ejemplo, contaminándolo gravemente, se está perjudicando gravemente el equilibrio de los sistemas naturales (y no solo)--. Vayamos por partes:

a) Como cuestión previa, es preciso reseñar que las modalidades típicas que ahora estamos analizando (y los tipos en los que se integran) son tipos mixtos alternativos, tanto en relación con cualquiera de las conductas típicas como en relación con cualquiera de los posibles resultados típicos. Por tanto, cuando el resultado de peligro idóneo «poder perjudicar el equilibrio de los sistemas naturales» sea uno de los posibles resultados alternativos, como sucede en los arts. 326 y 326 bis CP, bastaría constatar uno de ellos --que, generalmente, será la afectación a la calidad de uno de los objetos ambientales típicos-- para que el delito se consume, con lo que es fácil imaginar que, por un lado, el problema es inexistente en estos preceptos y, por otro, que la previsión típica es innecesaria. De modo que, por razones de simplicidad y prácticas, sería recomendable que el Legislador, en futuras reformas, prescindiera de ello.

b) Sin embargo, distinta es la solución al caso planteado por el art. 325 CP, donde el resultado de «poder causar daños a la calidad del aire, etc.» se incluye en el párrafo primero, en tanto que el segundo párrafo impone mayor pena cuando se «pudiera perjudicar el equilibrio de los sistemas naturales».

En resumen, en el art. 325 CP, poner en peligro (poder perjudicar) el equilibrio de los sistemas naturales (párr. 2) es más grave que causar daños sustanciales efectivos al agua, al aire o al suelo (párr. 1), pero ambos resultados merecen, en los arts. 326 y 326 bis CP, la misma pena ²².

4. Sustancias peligrosas: el caso del art. 345 CP

Mención especial requiere el art. 345 CP que aun utilizando la misma redacción en relación al contenido y efectos del peligro («causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas...») ²³, sin embargo tiene una estructura típica distinta. En este precepto, la capacidad para causar o poder causar la muerte o los daños no va referida a las conductas típicas (adquirir, poseer, traficar...) --entre otras razones porque difícilmente por el mero hecho de traficar o transportar (las sustancias peligrosas) se pueda «causar la muerte»--, sino que la capacidad lesiva o peligrosidad va vinculada a «otras sustancias peligrosas» a las que la oración subordinada «que causen o puedan causar...» califican. Por tanto, la peligrosidad es inherente a la sustancia y no a la conducta; luego, lo que ha de demostrar el juez es que la sustancia en cuestión es peligrosa para la vida, para la calidad de los elementos ambientales citados y para los animales y plantas. Nos encontramos, por tanto, ante un precepto de estructura compleja: respecto de los materiales nucleares, nos encontraríamos ante un delito de mera actividad y peligro abstracto; en relación otras sustancias radiactivas que no sean materiales nucleares y que han de ser *peligrosas que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas*, nos encontraremos ante un delito de aptitud.

III. EPÍLOGO

La expansión del Derecho penal a nuevos ámbitos, como es el de la protección ambiental, está generando no solo una inagotable controversia en la Doctrina sino también importantes problemas relacionados con la determinación de las conductas típicas y los resultados de ellas derivados. A estas innegables dificultades hay que añadir las propias de un proceso legislativo que sistemáticamente, en los últimos años, ha intentado excluir el debate y la crítica doctrinal. En el ámbito de la protección frente a la contaminación ha dado lugar a un modelo o red de protección desequilibrado, con tipos que se superponen unos a otros y que generan incertidumbre en la aplicación, continuos problemas concursales o lagunas de punición. Ciertamente no siempre ha sido así y se recuerda con nostalgia los

tiempos aquellos en que los anteproyectos de código penal estaban abiertos al debate y a las aportaciones doctrinales, dando como resultado buenas leyes penales, como lo fueron las leyes de 1983 y 1989 y el Código penal de 1995. Este *espíritu* debería inspirar también a los nuevos legisladores que siguen amenazando con nuevas reformas.

Cierro estas páginas con un recuerdo para el Prof. Dr. Dr.h.c. Juan Terradillos Basoco, investigador, viajero y conferenciante incansable; penalista reconocido; autor de numerosísimas publicaciones, pero, sobre todo, persona entrañable y apreciado amigo y maestro, del que, sin duda, tenemos aún mucho que aprender.

El medio ambiente y la necesidad de coordinación policial como medio de investigación

Antonio Vercher Noguera

Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo

I. INTRODUCCIÓN

La relativa novedad de la temática ambiental en España ha supuesto, como es bien sabido, problemas de toda clase, índole y condición. Muchos de estos problemas han ido resolviéndose a través de las aportaciones legislativas adoptadas en la materia, por medio de nuevas interpretaciones jurisprudenciales, así como por las aportaciones de la doctrina e iniciativas institucionales, etc. Todo ello, sin olvidar, por supuesto, la perspectiva constitucional del medio ambiente, que aun teniendo su propia dinámica por las particulares características de la Magna Carta, no pierde por ello su posición rectora e inspiradora de toda evolución que se produce al respecto en esta materia.

De hecho, y en coherencia con el desarrollo del derecho-deber a un medio ambiente adecuado y a la calidad de vida reconocido en el artículo 45, 1º de nuestra Constitución ²⁴, así como con la progresiva concienciación individual y social sobre la necesidad de articular medidas para evitar la progresiva destrucción del medio ambiente ²⁵, el legislador ha realizado, en últimos años, un importante esfuerzo normativo con el objeto de armonizar el desarrollo económico y social que requiere la sociedad actual con el respeto de los sistemas sustentadores de la vida en el planeta. Una de las iniciativas adoptadas por el legislador, en línea con lo acabado de indicar y siguiendo también el « *dictum*» constitucional ²⁶, ha sido el recurso a la protección penal del medio ambiente, inicialmente muy limitada ²⁷ y mucho más extensa en la actualidad ²⁸.

A mayor abundamiento, la protección del medio ambiente también se ha reforzado desde diversas iniciativas adoptadas por instituciones europeas, destacándose Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y la Directiva 2009/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de octubre de 2009, por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones.

Partiendo pues, como base, de la existencia de un cuerpo de normativa penal, relativamente extenso, como se desprende de lo acabado de exponer, y al margen de la problemática inmanente a la aplicación práctica de la citada norma, sobre lo que hay mucho escrito, especialmente abundantes aportaciones doctrinales, a las que obvia referenciar por su evidencia y su extensión, tenemos que referirnos necesariamente a las complejidades de la investigación que esta compleja materia conlleva. Esas complejidades aumentan, especialmente si consideramos la confluencia en la misma de toda una variedad de cuerpos policiales que pueden intervenir en su investigación, salvo, por supuesto, que se arbitre un eficaz sistema de coordinación que evite superposiciones, investigaciones paralelas, así como indeseadas zancadillas, etc., etc., cuando en la investigación primen los resultados sectoriales, en lugar de la eficaz convergencia.

II. LA VARIEDAD DE CUERPOS POLICIALES Y PLURALIDAD DE LA INTERVENCIÓN DE LOS MISMOS EN LA INVESTIGACIÓN DE TEMAS PENALES AMBIENTALES

Así pues, según se adelantaba en el apartado anterior, uno de los aspectos más complejos de los que actualmente penden sobre la temática ambiental es la necesidad de una adecuada coordinación entre las fuerzas que intervienen en la investigación penal de las infracciones delictivas en medio ambiente en España. La situación al respecto es bastante complicada y está lastrada por numerosas complejidades, tal como se verá.

Por una parte, el territorio sobre el que está asentado el país tiene una extensión de más de medio millón de kilómetros cuadrados y constituye uno de los más importantes activos ambientales de la Unión Europea, hasta el punto de que el porcentaje de su territorio comprendido en la Red Natura 2000 de la Unión Europea supera ya el 27 por cien de su totalidad, según se señala por fuentes

autorizadas ²⁹—. Estos datos implican, lógicamente, la exigencia de un importante despliegue policial a la hora de controlar, prevenir e investigar todo lo que en medio ambiente suponga alguna irregularidad, anomalía o infracción, sea del tipo que sea.

Pues bien, sobre ese territorio encontramos que se despliegan Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que tienen competencia en el ámbito nacional. La primera fuerza a la que procede referir, y sin duda la más señera en la materia, es a la Guardia Civil. A su vez, y dentro de la Guardia Civil cabría destacar diferentes unidades o grupos con competencia orgánica y/o funcional en medio ambiente, como es el Servicio de Protección de la Naturaleza (SEPRONA), el Servicio Marítimo, el Grupo de Patrimonio Histórico y la Sección Urbanística, estos dos últimos integrados en la Unidad Central Operativa (UCO).

Por su parte la Policía Nacional aporta también varias entidades especializadas al respecto, entre las que cabría destacar la unidad de Subsuelo y Protección Ambiental, la unidad TEDAX-NRBQ (especialistas en desactivación de explosivos y en materia nuclear y radiológica), así como la unidad de Patrimonio Histórico.

A lo dicho, cabría añadir también el Departamento Adjunto de Vigilancia Aduanera, del Ministerio de Hacienda, anteriormente conocido como Servicio de Vigilancia Aduanera (especialmente competente para temas de importación y exportación de especies amenazadas, entre otros supuestos). A su vez, y como consecuencia del sistema autonómico por el que en su momento se inclinó nuestro

modelo constitucional, se transfirieron competencias policiales a las Comunidades Autónomas ³⁰ e incluso se descentralizó el sistema en favor de las corporaciones municipales, según veremos más adelante. Pues bien, es interesante reseñar que, en el presente momento, la mayoría de estas fuerzas policiales han venido asumiendo competencias ambientales, tanto administrativas como penales, bien de manera directa o de manera tangencial, sin olvidar, más todavía, que hay en la actualidad una tendencia a incrementar las competencias en medio ambiente por gran parte de las fuerzas policiales existentes en España.

Pero es que, además de esa ya de por sí amplia confluencia de fuerzas policiales competentes en medio ambiente, existe en España una Guardería Forestal que tiene, en principio, la consideración de policía judicial genérica ³¹ y que está inmersa en una situación verdaderamente compleja, con denominaciones variadas según los lugares del país y, así mismo también, con diferentes ámbitos competenciales. De hecho esos ámbitos competenciales van desde el Ministerio de Agricultura,

Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, con competencia en la totalidad del territorio de la nación ³², a todas y cada una de las Comunidades Autónomas con sus propias guarderías forestales, con particularidades especiales en los Cabildos Insulares de las Islas Canarias, que tienen sus correspondientes agentes. Se da también el caso de algunas Comunidades Autónomas, como la de Aragón, en la que además de agentes forestales autonómicos, algunas de sus ciudades tienen agentes forestales locales, y Zaragoza es un buen ejemplo de ello. Todo ello sin olvidar la Guardería Fluvial, dependiente de las Confederaciones Hidrográficas. Para acabar de complicar más el tema, en algunos casos las personas integrantes de estos estamentos forestales carecen de la condición funcional, por ser simplemente contratados o personal laboral, con lo cual su capacidad se limita, normalmente, a actuar como colaboradores de los agentes forestales en su condición de agentes de la autoridad.

Finalmente, cabría hacer referencia también a la Policía Local o Municipal ³³, dado que según la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local ³⁴, los consistorios españoles son competentes en materia de urbanismo, patrimonio histórico y medio ambiente.

Es evidente que la trascendencia de la labor de protección del medio ambiente en España, según se adelantaba, exige los pertinentes órganos policiales de control a la hora de investigar. El problema radica, sin embargo, en el hecho de que la variedad, dispersión y compleja dependencia de algunos de ellos hacen con frecuencia difícil una actuación eficaz. Pero no sólo es eso. Tales condicionamientos provocan, en ocasiones, enfrentamientos entre los agentes y fuerzas competentes en la materia que acaban incluso en el Juzgado de turno, y así ha ocurrido en la práctica, con el consiguiente perjuicio para la institución a la que representan y la inevitable merma para la investigación en curso. La sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2006, en la que se examina uno de esos conflictos que terminaron en los Juzgados, es perfectamente ilustrativa en relación con lo acabado de señalar. La sentencia en cuestión insiste en la importancia «... del deber de colaboración entre los diferentes sectores de la Administración Pública y de ésta y de los demás poderes entre sí con el propósito de conseguir un eficaz cumplimiento de las funciones

públicas.» De hecho, el problema es bastante más extenso de lo que se desprende de esta resolución judicial ³⁵.

III. POLICÍA JUDICIAL GENÉRICA Y POLICÍA JUDICIAL ESPECÍFICA

El artículo 126 de la Constitución Española señala que: « *La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación de delitos y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la Ley establece*».

Expresado este planteamiento general, los términos en los que la normativa competente desarrolla esta disposición constitucional vienen a demostrar, sin embargo, que en España no existe un cuerpo orgánico de policía judicial propiamente dicho en sentido estricto, es decir orgánica y funcionalmente dependiente de Jueces y Fiscales con exclusividad. En consecuencia, y por así decirlo, no existe en nuestro país un modelo de policía judicial puro.

El artículo 126 de la Constitución establece, de manera genérica, que « *La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca*». Dicho esto, el verdadero modelo español actual viene expresado en el artículo 5. 1. apartado E) de la LO 2/86, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que exige a sus miembros, y dentro de los principios básicos de su actuación, « *Colaborar con la Administración de Justicia y auxiliarla en los términos establecidos en la Ley*». En la misma línea, el artículo primero del Real Decreto 769/87, de 19 de junio de Policía Judicial, indica que las funciones generales de la policía judicial corresponden a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la medida que deben prestar la colaboración requerida por la Autoridad Judicial o el Ministerio Fiscal en actuaciones encaminadas a la averiguación de delitos o descubrimiento o aseguramiento de delincuentes con sujeción al ámbito de sus respectivas competencias ³⁶.

De todo ello se desprende que la función de policía judicial ha pasado a ser un aspecto más de los temas de los que constituyen competencia general de los cuerpos y fuerzas de seguridad.

En relación con lo dicho, el concepto de policía judicial ha sido desarrollado por el artículo 29 de la LO 2/86, señalando que: « *1. Las Funciones de policía judicial que se mencionan en el artículo 126 de la Constitución Española serán ejercidas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a través de las unidades que se regulan en el presente capítulo. 2. Para el cumplimiento de dicha función tendrán carácter colaborador de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado el personal de policía de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales*».

Pues bien, dentro de ese sistema se ha introducido la distinción entre policía judicial genérica y policía judicial específica. La distinción citada ha sido ya objeto de tratamiento por parte de la Fiscalía General del Estado, especialmente en la Consulta 2/1999, de 1 de febrero, sobre el Servicio de Vigilancia Aduanera como Policía Judicial, con remisión, a su vez, a la Consulta 3/1986, de 1 de diciembre, relativa a la investigación de delitos cometidos en el espacio carcelario por los funcionarios del Cuerpo de Instituciones Penitenciarias, entre otras.

Se trata, además, de un tema que ha sido objeto de análisis, y de manera relativamente frecuente, por la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo. La sentencia de 6 de marzo de 2006, con ocasión de los problemas suscitados sobre la consideración o no como Policía Judicial del Departamento Adjunto de Vigilancia Aduanera, del Ministerio de Hacienda, ha abundado ampliamente en la distinción de ambos tipos de policía, haciendo, para ello, referencia, entre otros, al

Pleno no Jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2003 ³⁷ y a las sentencias 624/2002, de 10 de abril; 1489/03, de 6 de noviembre; 202/2005, de 2 de marzo; 866/2005, de 30 de junio y 1020/2005, de 19 de septiembre. Según esta jurisprudencia, en España coexisten dos sistemas o modelos de policía judicial no excluyentes entre sí: « *a) Un modelo de policía Judicial concentrado que da lugar a una Policía Judicial específica, a la que se refieren los artículos 444 y siguientes de la LOPJ y 29 y siguientes de la Ley orgánica 2/86, incluyéndose las unidades que pueden crearse en los Cuerpos de las Policías Autónomas de las Comunidades antes citadas (País Vasco, Navarra y Cataluña) , Ertzaintza, Forales y Mossos d'Escuadra, en virtud de la específica previsión estatutaria. b) Un modelo de Policía Judicial genérico que encuentra su origen en el artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que sigue en vigor, que da lugar a una policía Judicial de carácter colaborador. Dentro de ella todavía se pueden distinguir unos colaboradores específicos donde se situaría el Servicio de Vigilancia Aduanera (SVA), y unos colaboradores genéricos integrados por los Policías Locales y los autonómicos de aquellas Comunidades Autónomas en cuyos Estatutos no existe previsión de creación de cuerpos policiales en*

los términos del artículo 37-3º de la Ley 2/86. La doctrina jurisprudencial de esta Sala ha sido prácticamente unánime, en lo referente a considerar al SVA como parte integrante de la Policía Judicial, a salvo las matizaciones de de la STS 1231/2003».

Así pues, con base en el esquema acabado de exponer, tal como pone de manifiesto la Consulta 2/1999, de 1 de febrero, el artículo 548 de la LOPJ se ha procedido a distribuir material y geográficamente la competencia entre los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado --artículos 11 y 12-- e implantado el criterio de su primacía sobre los miembros de las Policías Autonómicas y Locales. Estas últimas fuerzas, según ya se ha dicho, se constituyen en colaboradores o partícipes --artículos 29.2, 38.2.B y 53.1.E)-- de una función cuyo ejercicio se atribuye directamente a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (artículo 11.1.G) que ejercen esa competencia mediante unidades constituidas sobre criterios de especialidad y exclusividad (artículo 29.1). Por su parte, esa primacía acabada de referir se manifiesta, respecto a las Comunidades Autónomas que no hayan asumido competencias integrales en materia policial y respecto a las policías locales, a través de los artículos 46 ³⁸ y 53 ³⁹, respectivamente, de la LO 2/86.

Ahora bien, aun admitiendo la primacía de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de las Policías Autonómicas de determinadas Comunidades, esta situación no implica, sin embargo, según añade la citada Consulta 2/1999, *« una dependencia orgánica ni funcional de los restantes cuerpos respecto de ellos. No hay subordinación, pues cada Cuerpo de Seguridad tiene su adscripción o dependencia funcional, dado que la única dependencia de esta naturaleza constitucionalmente admisible es la debida a Jueces, Magistrados y Fiscales.»* Es por ello por lo que la perspectiva de actuación que a tales efectos se establece está basada en la coordinación. No otra explicación tiene el que el Preámbulo de la LO 2/86 establezca que *« La existencia de varios colectivos policiales que actúan en un mismo territorio con funciones similares y, al menos parcialmente, comunes, obliga necesariamente a dotarlos de principios básicos de actuación idénticos y de criterios también comunes...»*. Añadiéndose, además, que el principio fundamental en la materia, según la propia LO 2/86, es el de *« coordinación recíproca y de coordinación de todas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pertenecientes a todas las esferas administrativas»*. Ese es, a mayor abundamiento, el principio básico que se desprende del contenido del artículo 3 de la LO 2/86 ⁴⁰.

Tal coordinación casa perfectamente con la posibilidad que permite que los mandos de mayor nivel asuman al control o dirección de las operaciones cuando se planteen supuestos de intervención conjunta de diferentes cuerpos policiales. Así lo pone claramente de relieve la sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2006. Tampoco ha perdido vigor el párrafo 2º del artículo 46 de la LO 2/86 al señalar que *« ...cuando en la prestación de un determinado servicio o en la realización de una actuación concreta, concurren simultáneamente, miembros o unidades de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de la Policía de la Comunidad autónoma, serán los mandos de los primeros los que asuman la dirección de la operación»* ⁴¹.

Pues bien, estas aseveraciones, además de estar basadas en la normativa legal, están impregnadas de la lógica más aplastante, so pena de que el sistema degenere en la aparición de auténticas *« guardias de corps»*, institucionalmente admitidas en nuestro país, y que, en consecuencia, acaben produciéndose investigaciones paralelas, tal como ya se ha denunciado en alguna ocasión, atentando con ello al más elemental principio de seguridad jurídica.

Dicho lo dicho, y tal como se desprende de la Instrucción 1/2008 de la Fiscalía General del Estado, hay que decir que la Policía Judicial en su concepción actual es el resultado de una evolución histórica que está unida al desarrollo del Estado de Derecho, teniendo su origen a finales del siglo XIX con la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (1882) y que culmina en la Constitución Española de 1978, cuyo artículo 126, tal como ya se ha puesto de manifiesto, dispone la dependencia funcional de la Policía Judicial de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en su función de averiguación del delito.

La Constitución, tal y como ya se había puesto de manifiesto en otras disposiciones de la Fiscalía General del Estado (Consulta 2/99 e Instrucción 1/08) solo concreta la tarea que incumbe a la Policía Judicial, pero no atribuye la función a ningún órgano, ni efectúa la distribución material y geográfica de la competencia, ni predetermina si ha de constituirse como cuerpo específico o como mera función ejercitable por los Cuerpos de Seguridad, por lo que quedó en manos del legislador esta materia con un amplio margen de actuación.

Todo ello sin perjuicio de la creación de organismos que estén en condiciones, llegado el caso, de afrontar la coordinación y la unidad de dirección de las fuerzas policiales adscritas a la investigación

criminal, para lo cual se podrán constituir las correspondientes Comisiones Nacional y Provinciales

⁴²

IV. LAS POSIBILIDADES DE COORDINACIÓN POLICIAL EN MEDIO AMBIENTE POR PARTE DEL MINISTERIO FISCAL ESPECIALIZADO EN TEMAS DE LA CITADA MATERIA

Es evidente que el modelo que incorpora el artículo 126 de la Constitución Española, varias veces referido, y que establece un sistema de policía judicial híbrido, en el que la dependencia de la policía judicial respecto a los Jueces y Fiscales es funcional, que no orgánico, está en proceso de desarrollo hacia un modelo más judicial propiamente, alejándose tímidamente de ese modelo híbrido. De hecho, la Exposición de Motivos del Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial señala, en uno de sus apartados, que: « *Motivo de regulación, especialmente detallada en el capítulo tercero, ha sido precisamente la concreción y desarrollo del principio de dependencia funcional que tan claramente recoge el artículo 126 de la Constitución Española. Se ha tratado así de establecer una estrecha vinculación entre los específicos estamentos policiales que centran su actividad alrededor de la investigación criminal y las autoridades judiciales y fiscales, lo que se ha prendido traducir, no sólo en la sujeción exclusiva de aquéllos a las directrices que éstas marcan en el cumplimiento de sus misiones, sino también en la participación de dichas autoridades en aspectos fundamentales del régimen orgánico de los funcionarios policiales, tales como el ejercicio de las potestades disciplinarias o de concesión de recompensas, los procesos selectivos para el acceso a la especialización o, incluso, la distribución territorial de efectivos especialmente asignados a concretos órganos judiciales*».

Pues bien, siguiendo el sistema de unidades adscritas, policiales o no, que se ha seguido con la Fiscalía de la Audiencia Nacional, con la Fiscalía Anticorrupción y la Antidroga, la especialidad de medio ambiente de la Fiscalía General del Estado incorporó, al constituirse en el año 2006 ⁴³, una unidad policial y otra técnica a la especialidad. En el presente momento, la unidad policial, que es la que interesa a tenor del contenido del presente trabajo, tiene físicamente adscritos a representantes del SEPRONA, Policía Nacional, Agentes Forestales y Policía Local. Esa variedad policial se ha revelado extraordinariamente positiva y eficaz, dado que no solamente facilita la labor de conocimiento y colaboración policial entre los diferentes tipos de fuerzas del orden, sino que permite lanzar operaciones conjuntas con un importante nivel de eficacia.

En el contexto de la intervención del Ministerio Fiscal como autoridad pública del artículo 24 del Código Penal ⁴⁴ y con capacidad para « *impartir instrucciones generales sobre los modos de actuación de la policía en la investigación criminal en orden a prioridades dentro de la actividad investigadora: coordinación con otras policías, etc.*», a la que hace referencia la Circular 1/1999, en la parte relativa a la posición del Fiscal respecto a la policía judicial, ese desarrollo, en el seno del Ministerio Fiscal, es expresivo de la facultad de coordinación policial, frente a la simple cooperación que hasta ahora se ha venido llevando a cabo.

En esa misma línea acabada de exponer, resulta igualmente conveniente y oportuno adecuar la materia tratada a la nueva estructura del Ministerio Fiscal, circunstancia esta que ya fue tenida en cuenta en la Instrucción 1/2008 de la Fiscalía General del Estado, en cuya CONCLUSIÓN PRIMERA se dispone que « *los Sres. Fiscales en el ejercicio de sus facultades de dirección de la Policía Judicial, procurarán establecer cauces para una comunicación ágil y fluida con los responsables de las distintas investigaciones criminales, cualquiera que se la fase procesal en que las mismas se encuentren*» para a continuación establecer, en la CONCLUSIÓN CUARTA, que «*en los supuestos en que las instrucciones generales se refieran a delitos enmarcados en el ámbito de una especialidad, serán coordinadas por el Fiscal de Sala correspondiente*».

En el ejercicio de esa labor de coordinación, la Unidad de Medio Ambiente de la Fiscalía General del Estado, toma en consideración, como no podría ser de otra forma, las diferentes particularidades que para cada tipo de policía establece la normativa en vigor ⁴⁵, en el encaje de cada una de ellas dentro del contexto policial que regula nuestra Constitución. Sin olvidar, por supuesto, y eso es quizás lo más importante, sus características, peculiaridades, relación con el mundo ambiental y sus derivados, etc.

Esa posibilidad de coordinación es, por lo tanto, teórica y materialmente factible. Habrá que estar ahora a la evolución de los acontecimientos para comprobar si esa posibilidad sigue siendo viable y conveniente a medida que se vaya pasando el tiempo y desarrollándose la materia, sin duda

impregnada, como no podía ser de otra forma, de esa complejidad y dificultades a las que aludíamos al principio del presente trabajo.

Incertidumbre científica y certeza jurídica. La plasmación del Principio --medioambiental-- de precaución en Derecho penal

Mariana N. Solari Merlo

Profesora Sustituta Interina de Derecho Penal

Universidad de Cádiz

I. INTRODUCCIÓN

El mundo jurídico y el científico experimental operan bajo parámetros diferentes. Donde el derecho se afana por hallar certeza y acabar con situaciones conflictivas, caóticas, las ciencias más experimentales se centran en la búsqueda de la verdad y, en este sentido, no tendrán inconvenientes en convivir con altas dosis de incerteza el tiempo que sea necesario en tanto puedan alcanzarla. Siempre será preferible el desconocimiento a dar por válida determinada hipótesis a sabiendas de su falsedad.

En el derecho esto resulta inimaginable. Su racionalidad no se desarrolla en pos de la verdad sino de la justicia. Su principal misión no es buscar verdades sino evitar el caos en la sociedad, lo cual sólo podrá lograrse aportando seguridad jurídica. La aproximación a la verdad es deseable pero no prioritaria, y siempre estará supeditada a su finalidad primera. Desde épocas ilustradas, la ciencia jurídica --y en concreto el Derecho penal-- se ha venido esforzando por marcar sus propias pautas de científicidad, empapándose siempre de los progresos que en las ciencias de la naturaleza tuvieran lugar, pero sin renunciar a su autenticidad. Esta cercanía resulta comprensible e, incluso, deseable puesto que, si el derecho está llamado a regular la convivencia y a ordenar sectores concretos de la realidad, deberá obtener primero un conocimiento lo más certero posible de esa realidad, información que en cada caso sólo podrán proporcionar las respectivas disciplinas científicas. Pero una vez obtenida esa información, no se produce una incorporación automática sino que deberá ser filtrada por el tamiz que suponen los principios y garantías que deben regir en el ordenamiento jurídico.

En las sociedades actuales, no obstante, el derecho se encuentra con un problema que es el relativo a la falta de certeza. La propia actividad científica, cuyos logros suponen el progreso de la sociedad y la ampliación de conocimiento, se ha vuelto peligrosa y no existe consenso en el seno de la propia comunidad científica acerca de la entidad de ese peligro ni sobre la mejor forma de paliarlo. El derecho se ve entonces privado de su principal fuente de conocimiento y, aun así, obligado a actuar.

II. EL DOMINIO DE LA TECNOCENCIA

Se debe considerar también que en la actualidad hay cada vez una mayor expansión de la ciencia y la tecnología. Los espacios, áreas y actividades que antes permanecían al margen de su intervención, o bien esta estaba reducida a cotas muy bajas, se ven ahora colonizadas al completo por la tecnociencia, quedando supeditadas a las reglas que determinan su funcionamiento. No se habla tanto de grandes progresos genéticos o nucleares como de la incorporación de estos avances en el día a día. Se podría entender que se está viviendo la progresiva deificación de la tecnología; tras su muerte en manos de Nietzsche, un renovado dios está resurgiendo de sus cenizas. Conseguida la omnipresencia, camino a su omnisciencia, sólo le queda lograr la omnipotencia. En un ejercicio de imaginación, se propone pensar, por ejemplo, en los momentos del día en que la tecnología no esté implicada, o en aquellas veces en que, tras realizar una búsqueda de algún artículo en internet, visualizamos de un modo involuntario publicidad relativa a dicho objeto. El anonimato requiere ya una actitud activa; si no se manifiesta expresamente queda constancia de nuestra actividad y ubicación en la red.

Por otra parte, los espacios ganados a la naturaleza suponen otra área de expansión que antes permanecía ajena al control, dominio o previsión por parte del ser humano. Se habla aquí del control y mejora del aprovechamiento de los recursos naturales, de la predicción de los fenómenos potencialmente catastróficos y de la ganancia literal de espacio al entorno, es decir, la utilización por parte del hombre de zonas antes dominadas por la naturaleza y obtenidas gracias al desplazamiento del curso de un río, al drenaje de un pantano, a la creación de islas artificiales, etc.

En este sentido, se ha afirmado que la principal diferencia de esta época con otras anteriores es el carácter manufacturado o artificial de los peligros surgidos. Como señala Mendoza, *«estos nuevos riesgos surgen como consecuencias secundarias ("Nebenfolgen") del progreso tecnológico, esto es, producidos por el impacto de la actividad humana para controlar o dominar múltiples procesos; por tanto, se trata de efectos indeseado, a menudo no previstos y a veces imprevisibles de un actuar*

humano, inicialmente dirigido a fines positivamente valorados» ⁴⁶ —. La extensión del riesgo, cuantitativa y cualitativamente, es cada vez mayor porque la expansión de la tecnociencia también lo es.

Por otra parte, la creciente complejidad que las sociedades actuales han adquirido no suponen sino una dificultad añadida a la hora de determinar responsabilidades. Como señala Silva, se ha incrementado enormemente la interacción individual debido a la cooperación y división funcional de procesos ⁴⁷ —, lo que aumenta a su vez las conexiones causales y la dificultad, cuando no imposibilidad, de establecerlas con claridad ⁴⁸ —. En este sentido, habla Beck de «irresponsabilidad organizada» ⁴⁹ —. La complejidad de las organizaciones hace que el rol del individuo, aisladamente considerado, resulte insignificante para la totalidad del daño, por lo que la percepción de su responsabilidad es escasa. Es la acumulación de acciones la que determinará el peligro. En palabras de Schünemann ⁵⁰ —: « la peculiaridad de la sociedad industrial actual estriba únicamente en el extraordinario incremento de las interconexiones causales. Pues debido a la extremadamente densa red de industrialización existente, en muchos ámbitos resulta imposible explicar, por ejemplo, la producción de daños en la salud de los habitantes de una determinada zona a través de una sola relación de causalidad, con base en la cual pudiese identificarse, por ejemplo, la emisión de sustancias tóxicas por parte de una determinada fábrica como causa. Por el contrario, es característico de la sociedad industrial actual la existencia de relaciones causales múltiples cuyo esclarecimiento en detalle es de todo punto imposible con los métodos e instrumentos científico-naturales actuales a causa de su interrelación y de su compleja confluencia. El segundo elemento característico de la "sociedad de riesgo" es la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos, en los que el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anonimizada y estandarizada».

Afirma Esteve que las sociedades actuales han superado en parte el peligro de hambre e inanición aceptando los riesgos generados por la industria alimentaria; de abastecimiento de energía, asumiendo los peligros de las nuevas fuentes de obtención; las enfermedades naturales a cambio de los riesgos derivados de la industria farmacéutica. Incluso se debe asumir los riesgos que la propia sociedad genera al tratar de eliminar otros riesgos. Así, « los riesgos creados por la sociedad industrial contaminando las aguas son ya en buena medida eliminados por la actuación técnica de saneamiento y depuración, pero esa actividad genera nuevos riesgos en forma de fangos o biosólidos frente a los que no se ha reaccionado debidamente por el momento» ⁵¹ —. Esta situación conflictiva requiere la intervención del derecho que, como se ha mencionado, aun existiendo incertidumbre en el campo estrictamente científico, está llamado a actuar puesto que la realidad sobre la que incide requiere respuestas inmediatas. Los conflictos sociales, la prevención de conductas dañinas, no pueden permanecer eternamente postergados sino que necesitan una decisión inmediata que sea lo más certera, veraz y justa posible.

III. EL CONTROL PENAL DEL PELIGRO: EL RECURSO AL PRINCIPIO --ADMINISTRATIVO-- DE PRECAUCIÓN

Es en este marco donde se introduce o refuerza la protección penal de determinados bienes jurídicos considerados en peligro por el normal funcionamiento de la actividad tecnocientífica propia de las sociedades modernas ⁵² —. Se trata de bienes cuya dañosidad, se entiende, va más allá del posible perjuicio para la vida, la integridad física o los bienes de las personas. Están en riesgo intereses que afectan a toda la comunidad e incluso a los de generaciones futuras. Es en este sentido en el que se encamina la protección del medio ambiente ⁵³ —, la salud pública ⁵⁴ —, la identidad genética ⁵⁵ — y la seguridad nuclear, entre otros.

Como se ha comentado anteriormente, el propio discurrir de la sociedad actual supone un peligro constante, con un potencial lesivo superior al de sociedades pretéritas ⁵⁶ —. Esta potencialidad, no obstante, deberá ser concretada a efectos de determinar si tiene la suficiente entidad como para acudir a la protección penal ⁵⁷ —. De este modo, el legislador se enfrenta a la difícil tarea de evaluar los riesgos del modo más objetivo posible, procurando alejarse de las subjetividades, el temor y las presiones que dichas conductas generan ⁵⁸ —. La incertidumbre que gira en torno a estas actividades supone, sin duda, un hándicap añadido para la determinación de la peligrosidad.

Ante tal situación, los legisladores nacionales son cada vez más proclives a la cesión de espacios de

intervención y decisión al ámbito científico y a la administrativización del Derecho penal ⁵⁹, particularmente mediante la incorporación del llamado principio de precaución, desarrollado ya en la década de los sesenta del pasado siglo en países de nuestro entorno cultural.

Así, los orígenes de este principio suelen situarse en Alemania, en relación al control de riesgos potencialmente lesivos en materia de Derecho administrativo medioambiental ⁶⁰. Desde entonces, se ha ido citando en diversos documentos internacionales hasta que alcanzara su mayor relevancia con su incorporación en la *Declaración de Río sobre medioambiente y desarrollo*, adoptada con ocasión de la Conferencia sobre la materia celebrada en 1992 ⁶¹ donde se incita a los gobiernos a legislar preventivamente cuando se den dos elementos: incertidumbre sobre el potencial lesivo de una actividad determinada y sospechas de que puede generar daños graves e irreversibles ⁶². En el mismo año de 1992, el Tratado de Maastricht lo incorporaría al derecho comunitario señalando que la política medioambiental de la Comunidad estaría basada en los principios de cautela y acción preventiva ⁶³. A partir de entonces, el principio va a quedar definitivamente asentado en el plano normativo y jurisprudencial ⁶⁴.

La extensión del principio de precaución no sólo se ciñe al Derecho medioambiental sino que paulatinamente se ha ido extendiendo por diferentes áreas ⁶⁵ tales como alimentación, salud, organismos genéticamente modificados, etc. Lógicamente, la jurisprudencia europea se ha hecho eco de idéntica ampliación invocándolo de un modo directo en casos de lo más diversos, y llegando incluso a declararlo un *principio general de Derecho comunitario* en el asunto *Artegoda* en 2002 ⁶⁶. De este modo, el legislador nacional ha integrado el principio de precaución en la regulación civil y administrativa de diversas materias de las que pueda predicarse que existe una situación de incertidumbre y la eventualidad de producirse daños graves e irreversibles ⁶⁷, lo que hace plantearse los posibles problemas que supondría su llegada, directa o indirecta, al Derecho penal ⁶⁸.

La problemática aludida resulta evidente toda vez que el principio supone un adelantamiento de la intervención estatal para regular --prohibir, en el caso penal-- actividades donde lo que existen son meras sospechas de su potencial lesivo ⁶⁹. En Derecho penal, como es sabido, esto se traduce en la proliferación de delitos de peligro, conductas imprudentes y un dudoso acatamiento de los principios de lesividad y culpabilidad.

IV. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN DERECHO PENAL. EL CASO PARADIGMÁTICO DE LOS DELITOS MEDIOAMBIENTALES

La recepción del principio de precaución en el ámbito penal puede constatarse tanto de un modo directo como indirecto. En el primer caso, basta observar la proliferación de modalidades peligrosas e imprudentes de los tipos delictivos relacionados con la actividad científica, y el adelantamiento de las barreras punitivas que su introducción supone. Indirectamente, porque estos delitos están caracterizados por un tercer elemento que es el de las constantes remisiones a normativa sectorial extrapenal que, como se ha expuesto anteriormente, está directamente inspirada en el principio de precaución y así lo refleja en su regulación. Así, puede afirmarse que estos delitos, entre los cuales los medioambientales constituyen un ejemplo paradigmático, se caracterizan por el recurso al trinomio compuesto por las leyes penales en blanco, los delitos de peligro y el castigo de la imprudencia. Situación que, como se verá, se pone aún más de manifiesto tras la última reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

1. El recurso a las leyes penales en blanco

Como se ha comentado, en esta materia son numerosas las remisiones normativas a la regulación extrapenal. Ya sea que se introduzcan expresamente ⁷⁰ o se desprenda de la redacción del tipo ⁷¹, la especificidad de la materia requiere, por un lado, una regulación precisa y técnica de los pormenores de la actividad y, por otro, una continua evolución acorde con el progreso científico. Sólo mediante la introducción de leyes penales en blanco es posible la tutela eficaz de los distintos bienes jurídicos.

Entre los problemas planteados Huerta Tocildo en torno al empleo de esta técnica ⁷², la posibilidad de que se produzcan remisiones *in totum* es sin duda el más alarmante puesto que poco encaje tendría dicho precepto en nuestro ordenamiento jurídico. El aspecto formal del principio de legalidad y la taxatividad que se deriva del mismo exige certeza y precisión en la redacción de conductas y penas a efectos de no vulnerar la seguridad jurídica requerida. Esto es, en definitiva, una exigencia de que el

grado de determinación de la conducta típica sea tal que pueda ser conocido por el ciudadano medio lo que es objeto de prohibición ⁷³.

Las remisiones a la normativa extrapenal no pueden contener la totalidad de la conducta. Como señala Terradillos Basoco, lo fundamental será que la ley «mantenga el monopolio sobre los elementos esenciales de la materia de prohibición» ⁷⁴.

Entre las constantes remisiones contempladas en esta materia, no parece ajustarse a los requisitos apuntados la contemplada en el nuevo art. 326.2 CP que introduce la citada LO 1/2015, que viene a castigar a «quien, fuera del supuesto a que se refiere el apartado anterior, traslade una cantidad no desdeñable de residuos, tanto en el caso de uno como en el de varios traslados que aparezcan vinculados, en alguno de los supuestos a que se refiere el Derecho de la Unión Europea relativo a los traslados de residuos».

La «cantidad no desdeñable» de residuos constituye un concepto que habrá de ser dotado de contenido mediante la praxis judicial pues es imposible saber *a priori* de qué volumen o tipo de residuos se está hablando. El problema se agrava si contemplamos la restante redacción del precepto puesto que, en lugar de contener las distintas modalidades de realización de la conducta prohibidas, introduce expresamente una remisión al completo a la normativa de la Unión Europea.

Si a esto se añade el hecho de que el precepto constituye un *cajón de sastre* que recoge los supuestos no contemplados en el apartado anterior, cuya concreción también requiere acudir a la normativa extrapenal, nos encontramos con que el art. 326.2 CP castiga a quienes «fuera de algunos supuestos a concretar, traslade una cantidad a determinar de residuos... en algunos de los supuestos a los que se refieren otras normas», lo que constituye, sin duda, el paradigma de la indeterminación y, por ende, de la inconstitucionalidad.

2. El recurso a las conductas peligrosas

Como es sabido, el recurso a los delitos de peligro suele ir asociado a la protección de bienes jurídicos colectivos ⁷⁵, donde la concreción del momento exacto de lesión resulta más difícil que en los delitos con bienes jurídicos individuales, como ocurre en los delitos medioambientales que nos ocupan.

Una modalidad específica que surge en torno a las modalidades de peligro es la paulatina introducción de los delitos de acumulación ⁷⁶, contemplada tanto tácita como de modo expreso tras la citada reforma ⁷⁷.

La presencia de conductas de daño cumulativo, propias de la administración, tiene dudoso encaje en el Derecho penal por suponer una vulneración del principio de culpabilidad y del de ofensividad. El castigo de estos comportamientos, inocuos por sí mismos, obedece a la premisa de «¿y si todos lo hiciéramos?» presente en el ámbito sancionador de la Administración.

Los sujetos no responderían así por su propia conducta lesiva para el bien jurídico sino por la posibilidad de una hipotética lesión por las conductas cometidas por terceros ⁷⁸ algo que, como es sabido, no es posible en Derecho penal donde los sujetos sólo responden por las conductas propias ⁷⁹.

3. El recurso a las conductas imprudentes

Suele ser habitual que, junto a delitos de peligro, el legislador introduzca formas imprudentes de comisión, lo que no viene sino a hacer hincapié en este modelo administrativo de protección penal.

No debe olvidarse que las conductas que nos ocupan difícilmente tendrán un carácter doloso puesto que, de existir intencionalidad, con toda probabilidad guardará relación con la obtención de beneficios económicos. De haber dolo, será de segundo grado o eventual, tratándose de acciones culposas en muchos de los supuestos.

Asimismo, la especificidad de la materia y la profusa normativa sectorial conlleva considerar especialmente la relevancia del error de tipo en estas conductas ⁸⁰. La previsión del castigo de las modalidades culposas supone que el error vencible no quede impune.

Se debe tener presente también, como se ha mencionado, que la incertidumbre que rodea la actividad científica pone en duda que los sujetos puedan prever o anticipar en todos los casos los posibles efectos lesivos de su conducta, por lo que no sería posible su castigo culposo ⁸¹. Como señala Galán, «¿cómo se va a poder reprochar al que efectúe una conducta que nunca se hubiese realizado anteriormente y sobre cuyos posibles efectos adversos ni siquiera los mayores expertos en la materia habrían podido ponerse de acuerdo, que su ejecución, una vez realizada, se materialice en algún resultado lesivo? ¿Realmente se puede tener su conducta por negligente y, consecuentemente, se le

*puede hacer responsable de la producción de dicho resultado, aunque no lo hubiese podido prever? ¿O, en realidad, le estamos sancionando y haciendo responsable de forma completamente objetiva y sin culpa por la mera generación de dichos resultados, estableciendo así una suerte de responsabilidad objetiva por el producto completamente incompatible con el principio de culpabilidad?»*⁸² —.

V. CONCLUSIONES

En las sociedades actuales está fuera de toda duda la necesidad de protección de determinados bienes jurídicos supraindividuales, como es el caso del medioambiente. El nivel de tecnificación y complejidad alcanzado supone también un aumento del riesgo dadas las posibles consecuencias lesivas de su normal funcionamiento, irreparables en muchos casos.

En este sentido, el derecho está llamado a intervenir aun en situaciones de incerteza, es decir, aun cuando la ciencia no haya podido determinar con exactitud la entidad del daño que el empleo de ciertas técnicas conllevaría. Así, la Administración es cada vez más proclive a ceder espacios de decisión al mundo estrictamente científico, viéndose el derecho muchas veces relegado a los dictámenes que allí se adopten. Es con esta finalidad con la que se ha desarrollado el principio de precaución.

En materia penal, no obstante, la intervención se debe regir por otros parámetros como son los marcados por el principio de necesidad e intervención mínima. La importación del principio de precaución en este ámbito supone la introducción de los modos de actuar de la administración, donde priman otros principios, finalidades y garantías.

El recurso al trinomio de las leyes penales en blanco, los delitos de peligro y el castigo de la imprudencia, abrazado de lleno en última reforma, constituye un paso más hacia la administrativización del Derecho penal cuando la introducción de dichas fórmulas se desliga de todo criterio de lesividad de las conductas.

Como se afirmaba al comienzo de este trabajo, la necesidad de aproximarse al conocimiento específico de la realidad que se pretende controlar, esto es, a la regulación administrativa, resulta innegable pero esa aproximación no puede en ningún caso hacerse extensiva a las estructuras básicas del Derecho penal puesto que supondría la renuncia a los propios caracteres que suponen su cientificidad.

Protección penal del medio ambiente en la Unión Europea. Luces y sombras

Maria Marquès i Banqué

Profesora Colaboradora de Derecho Penal

CEDAT, Universitat Rovira i Virgili

I. INTRODUCCIÓN

Quien conozca bien la obra de Juan Terradillos, sabrá ya que el título de esta contribución quiere ser un guiño a un artículo suyo publicado en 1996⁸³ —. Esta suerte de licencia responde a razones que sólo se explican en un libro de estas características: por un lado, esa es la época en que tuve el privilegio de conocerle y, por otro lado, justo es recordar aquí que lo hice a través de Josep Miquel Prats Canut. A él le unía, además de la amistad, el interés por el Derecho penal ambiental y, todavía hoy, es el Derecho penal ambiental el que me ocupa.

Sin embargo, justo es también adelantar que el título excede en mucho el contenido de estas líneas. Difícilmente puede abordarse la protección penal del medio ambiente en la Unión Europea en unas pocas páginas. De forma mucho más modesta, voy a centrarme en la Directiva 2008/99/CE relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal (en adelante, la Directiva 2008/99/CE o, simplemente, la Directiva).

La elección de esta Directiva, que en 2018 cumple una década de su aprobación, se justifica por dos razones. Por un lado, supuso un hecho importante en el debate sobre la competencia en materia penal de la Unión Europea. Como es sabido, la aprobación de la Directiva es el resultado de un grave conflicto institucional entre la Comisión Europea y el Consejo de la Unión Europea, resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en la sentencia C-176/03, de 13 de septiembre de 2005. El TJCE clarificó el reparto de competencias en materia penal entre el primer pilar (también llamado «pilar comunitario» e integrado por los tratados constitutivos), y el tercer pilar (relativo a la cooperación policial y judicial en materia penal). La sentencia, analizada ampliamente por la doctrina por su complejidad y consecuencias, afirmó, en síntesis, la posibilidad de obligar a los Estados Miembros a prever sanciones penales en el marco del primer pilar, cuando ello fuera necesario para garantizar la eficacia del Derecho comunitario⁸⁴ —.

Por otro lado, la Directiva 2008/99/CE (a la que siguió la Directiva 2009/123/CE por la que se modificó la Directiva 2005/35/CE relativa a la contaminación procedente de buques), representó un hecho significativo en la evolución de la política criminal europea en materia ambiental, objeto asimismo de análisis específico desde tiempo atrás ⁸⁵.

En las páginas que siguen apuntaré algunas de las observaciones hechas por la doctrina a la Directiva, así como algunas valoraciones sobre su implementación. Por motivos de extensión, ni podré abarcar todas las cuestiones que plantea la Directiva ni mucho menos tendré ocasión de entrar a analizarlas en profundidad. El objetivo es más bien recordar el debate que suscitó y todavía suscita la misma con relación a los objetivos y a las conductas y sanciones previstas. Terminaré con una breve referencia al nuevo escenario abierto tras el Tratado de Lisboa con relación a las competencias legislativas en materia penal, si bien como es lógico, tampoco puede ser objeto de estas breves páginas un análisis de la evolución del Derecho penal europeo ⁸⁶.

II. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA DIRECTIVA 2008/99/CE RELATIVA A LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE MEDIANTE EL DERECHO PENAL 10 AÑOS DESPUÉS

1. Sobre las razones de la Directiva

La Directiva 2008/99/CE fue consecuencia de la preocupación por el aumento de los delitos ambientales con efectos transfronterizos, en un contexto de déficit de cumplimiento de la normativa comunitaria para la protección del medio ambiente.

La insuficiencia de los sistemas de sanciones existentes motivó el recurso a la aplicación de sanciones penales para lograr una protección más eficaz del medio ambiente. La Directiva señala en sus considerandos el carácter más disuasorio de las sanciones penales y su capacidad de poner de manifiesto una desaprobación social de naturaleza cualitativamente diferente a la de las sanciones administrativas o de los mecanismos de compensación del Derecho civil. Desde el punto de vista de la persecución de estas conductas, añade así mismo que la existencia de normas comunes sobre estos delitos permitiría utilizar métodos de investigación y ayuda eficaces en los Estados miembros y entre ellos.

Sin embargo, la idoneidad de las sanciones penales como medio para proteger el medio ambiente había sido puesta en cuestión antes de la Directiva y continua siendo objeto hoy de críticas por muchas y variadas razones ⁸⁷. Algunas de ellas hacen referencia a la técnica legislativa empleada en la descripción de las conductas, al carácter disuasorio de las sanciones penales en este ámbito o al principio de proporcionalidad, y serán comentadas en los siguientes epígrafes.

Con relación específicamente a la garantía de cumplimiento del Derecho comunitario ambiental, con anterioridad a la aprobación de la Directiva se ponía de relieve que, aun admitiendo ese déficit de implementación, debía hacerse un mayor esfuerzo por identificar en qué Estados Miembros y respecto a qué áreas del Derecho ambiental se producían los mayores problemas, cuáles eran las causas y agentes responsables y, en consecuencia con todo ello, debían de explorarse posibles opciones y estrategias antes de recorrer al Derecho penal ⁸⁸. A la reivindicación del Derecho penal como «ultima ratio», se añadía el escepticismo en torno a los resultados esperados, por lo que se consideraba un «error en el objetivo de la culpa». En este sentido, se decía que era importante recordar que son los Estados Miembros y sus autoridades los que en su caso incumplen con las obligaciones europeas, pudiendo esta actitud difícilmente ser modificada a través de la imposición de sanciones penales a particulares ⁸⁹.

En el debate actual, el argumento del carácter de «ultima ratio» del Derecho penal es todavía uno de los más esgrimidos por aquellos autores críticos con la Directiva. Ello es coherente con los principios fundamentales de la política criminal europea, declarados tanto en documentos institucionales (por ejemplo, la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre un enfoque de la UE acerca del Derecho penal) ⁹⁰, como de naturaleza académica (así, el «Manifiesto sobre la política criminal europea», impulsado por un grupo de profesores de Derecho penal en 2009) ⁹¹.

La necesidad de prever alternativas a las sanciones penales, ya sean civiles o muy significativamente de naturaleza administrativa, constituye el llamado «enfoque tipo caja de herramientas» («toolbox approach») adoptado tradicionalmente por algunos Estados Miembros (muy particularmente, como es por todos conocido, Austria y Alemania) ⁹². Además de los clásicos argumentos que abogan por la contención en el uso del Derecho penal, algunos autores hacen referencia, en el marco de esta

discusión, a los datos empíricos disponibles sobre la aplicación de los delitos ambientales y su valoración desde una perspectiva del análisis económico del Derecho. Así, se hace hincapié en que en determinados Estados Miembros --en los que el principio de oportunidad tiene más recorrido-- se observa cómo la Fiscalía tiende a no perseguir penalmente aquellos delitos ambientales menos graves, debido al elevado coste del proceso penal. En consecuencia, en el supuesto de no existir sanción alternativa, no únicamente se pone de manifiesto la ineficacia instrumental de estos delitos sino que queda en entredicho el efecto preventivo de la pena ⁹³—. Características, todas ellas, propias del Derecho penal simbólico.

2. Sobre los delitos

El artículo 3 de la Directiva 2008/99/CE describe nueve conductas que los Estados Miembros debían prever como constitutivas de delito en sus legislaciones nacionales, cuando sean ilícitas y se cometan dolosamente o, al menos, por imprudencia grave. A efectos de esta Directiva, se entiende por «ilícita» la infracción de la legislación comunitaria especificada en los anexos de la Directiva, o de una ley, un reglamento de un Estado miembro o una decisión adoptada por una autoridad competente de un Estado miembro que dé cumplimiento a la misma.

Las conductas hacen referencia a materiales o radiaciones ionizantes, a la gestión y traslado de residuos, a la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos, a materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas, a fauna y flora silvestres, a hábitats en zonas protegidas y a sustancias destructoras del ozono.

El plazo de transposición establecido por la Directiva era el 26 de diciembre de 2010. En el caso de España, la transposición se hizo efectiva con la reforma penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, aprovechándose la reforma penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, para «mejorarla» (de acuerdo con la justificación de las enmiendas del Grupo Parlamentario Popular, para proceder a una «adecuada» transposición de la misma) ⁹⁴—.

La primera cuestión a subrayar es que la Directiva no pretendía hacer una previsión exhaustiva de las conductas más graves para el medio ambiente, sino únicamente de aquellas relacionadas con la materia objeto de legislación comunitaria (en España, por ejemplo, esta Directiva no tuvo impacto directo sobre el artículo 325 CP, tipo básico del delito ecológico) ⁹⁵—. Esta circunstancia, perfectamente coherente con el objetivo de la Directiva y la base jurídica utilizada para aprobarla (garantizar la eficacia del Derecho comunitario en el marco del primer pilar), redundante, en la práctica, en la crítica señalada en el epígrafe anterior como de «error en el objetivo». La configuración de los delitos como normas penales en blanco tiene como consecuencia que «el Derecho penal no puede ser un instrumento útil hasta que los Miembros Estados hayan implementado correctamente la legislación comunitaria» ⁹⁶—. Y es que, en efecto, difícilmente podrá derivarse responsabilidad penal para los particulares en caso de ausencia de transposición o de transposición incorrecta de una Directiva por parte de los Estados Miembros. Los límites a la eficacia directa de las Directivas, cuando de fundamentar la responsabilidad penal se trata, fueron establecidos por el TJCE tiempo atrás, hecho particularmente relevante aquí si se tiene en cuenta que los Anexos de la Directiva 2008/99/CE relacionan un total de 64 Directivas y 8 Reglamentos ⁹⁷—.

Las críticas con relación a las conductas del artículo 3 se refieren así mismo a la técnica legislativa empleada. Se señalan básicamente dos cuestiones: la ausencia de un enfoque gradual en función del grado de ofensa al bien jurídico y el uso de conceptos indeterminados ⁹⁸—. Cualquiera que se haya aproximado a estos delitos, ya sea a través de la Directiva, ya sea a través de la transposición casi literal realizada por el legislador español, habrá percibido como se ponen en el mismo plano conductas lesivas y de riesgo, atentando al más elemental principio de proporcionalidad, y como se compromete así mismo el principio de legalidad a través del uso de expresiones como «daños sustanciales» o «cantidad insignificante». Desde la perspectiva del objetivo de armonización de la Directiva, se señaló además que el uso de este tipo de conceptos incrementaba el riesgo de una aplicación divergente de los delitos en los distintos Estados Miembros, aunque también se reconoció que alcanzar acuerdos en las definiciones era políticamente complicado e iba más allá de lo que debía ser regulado a nivel europeo. Se sugirió, incluso, que «si de la implementación nacional de la Directiva resultara una interpretación inaceptable de estos conceptos, en última instancia sería el TJCE el que debería asegurar un mínimo entendimiento común a nivel de la Unión Europea» ⁹⁹—. En

el contexto de la Unión Europea, especialmente interesante resulta el análisis de la problemática derivada de las transposiciones literales de estos conceptos en las legislaciones nacionales y su compatibilidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el principio de legalidad ¹⁰⁰.

En los tribunales españoles, sin embargo, como he tenido ocasión de poner de relieve en otro lugar, es una cuestión bien distinta la que ha planteado hasta la fecha un tipo penal redactado conforme a la Directiva. Me refiero al artículo 326.1 CP (relativo a la gestión de residuos) y a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 3ª) núm. 57/2015, de 10 de noviembre ¹⁰¹. La sentencia afirma: «el tipo penal hace referencia a "muerte o lesiones graves a personas" por lo que no cabe considerar cumplido el tipo delictivo si se causan lesiones a un conjunto de personas y no a una concreta o concretas, en este caso dos, no constando denuncia por parte de los demás vecinos cuyos testimonios son dispares según vivan en la proximidad de la deshidratadora».

Como es fácil de advertir, el párrafo adolece de algún problema gramatical que hace difícil su comprensión. En la hipótesis de que lo que se quisiera decir es que hay delito siempre que los afectados sean un conjunto de personas, pero no cuando lo sea una persona concreta o personas concretas, el problema sería interpretativo, pues se alejaría de cualquier lógica jurídica. La redacción del vigente artículo 326 CP es consecuencia de la transposición de la Directiva 2008/99/CE. La expresión «cause o pueda causar (...) muerte o lesiones graves a personas» es transposición literal de la Directiva. A los efectos de interpretar el sentido de la redacción típica, es necesario recurrir a la interpretación teleológica pues, como es sabido, en el contexto de la Unión Europea la interpretación literal choca con la coexistencia de todas las lenguas de los Estados Miembros como lenguas oficiales. A partir de los trabajos preparatorios y el texto de la propia Directiva, es razonable pensar que el uso del plural es meramente idiomático y que la voluntad es la aplicación del delito también en aquellos supuestos en los que hubiera una única persona afectada. A título indicativo, cabe señalar que, por ejemplo, la versión inglesa de la Directiva se refiere a causar o poder causar la muerte o lesiones «to any person».

Aunque esta cuestión puede parecer anecdótica, lo cierto es que abre una reflexión casi tan absurda como curiosa desde la perspectiva del objetivo de armonización de la Directiva. En realidad, las mismas dudas podrían suscitarse a la hora de interpretar la expresión «lesiones graves». ¿Bastaría con una lesión o se requeriría más de una? En este caso, mientras, por ejemplo, las versiones española, italiana y francesa se refieren a lesiones en plural, las versiones inglesa y alemana de la Directiva se refieren a lesión en singular («death or serious injury to any person»; «den Tod oder eine schwere Körperverletzung von Personen»).

3. Sobre las sanciones

El artículo 5 de la Directiva 2008/99/CE establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los delitos a los que se hace referencia en los artículos 3 y 4 se castiguen con sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias (el artículo 4 prevé el castigo de la complicidad en las conductas dolosas del artículo 3, así como de la incitación a cometerlas).

Como bien saben los conocedores de la evolución de las competencias en materia penal de la Unión Europea, la fórmula «sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias» no era novedosa en las Directivas comunitarias. Procedía de la jurisprudencia del TJCE en el llamado «caso del maíz griego» ¹⁰². Utilizada desde entonces en múltiples Directivas, dejaba a los Estados Miembros la decisión acerca de la naturaleza de las sanciones a aplicar para garantizar el cumplimiento del Derecho comunitario. La significativa novedad de la Directiva 2008/99/CE consistió en especificar que debía tratarse de «sanciones penales», si bien no se estableció un marco de penas mínimas y/o máximas para cada uno de los delitos, puesto que si bien el TJCE había admitido la posibilidad de obligar a los Estados Miembros a prever sanciones penales en el marco del primer pilar, tal obligación debía formularse con carácter abstracto. Una simple lectura de la Directiva permite comprobar, por otra parte, que la obligatoriedad de la naturaleza penal de las sanciones no se extendió a la responsabilidad de las personas jurídicas, prevista en los artículos 6 y 7 de la misma.

Sintetizando necesariamente mucho, la idea de eficacia de la sanción ha sido interpretada en términos de prevención general y especial, pero también desde el punto de vista de reparación del daño causado y de prevención del daño futuro ¹⁰³. El carácter proporcionado de las mismas, se ha referido a la necesaria proporcionalidad entre la sanción y el resultado. Como he señalado en el epígrafe

anterior, en España, la transposición casi literal del texto de la Directiva se hizo sin tomar en consideración que ésta suponía una equiparación a efectos de penalidad entre peligro y lesión que en ningún caso exigía la Directiva.

Con relación al carácter disuasorio de la misma, cabe destacar las observaciones hechas sobre la necesidad de tener presente el análisis coste-beneficio que suele hacer el perfil de «autor racional» de estos delitos, máxime cuando actúa en el seno de una persona jurídica y las sanciones son pecuniarias

¹⁰⁴—. Este argumento avala la introducción de penas privativas de libertad para estos delitos, a las que sí son presumiblemente sensibles estos eventuales autores. En este caso, ni la persona física condenada a una multa puede ser indemnizada por la persona jurídica, ni existe el riesgo de que la empresa repercuta la sanción en sus clientes, accionistas u otras terceras partes ¹⁰⁵—. No obstante y como he señalado más arriba, es importante recordar que, en la actualidad y a pesar de la Directiva, existe un sector doctrinal que aboga por penas alternativas eventualmente más efectivas para la protección del medio ambiente.

Una década después de la aprobación de la Directiva, es justamente el análisis de su implementación en materia de sanciones lo que más compromete el objetivo de armonización esperado. Con la armonización de las conductas delictivas se pretendía, entre otras cosas, evitar que los potenciales autores se aprovecharan del trato más benévolo de determinados Estados Miembros. Sin embargo, para lograr tal resultado es necesario que la armonización alcance también a las sanciones, extremo que la Directiva no garantizaba con la fórmula empleada.

En un estudio sobre la implementación de la Directiva en el que tuve la oportunidad de participar, me ocupé del análisis comparativo de las sanciones penales impuestas por los 28 Estados Miembros en sus legislaciones nacionales, a partir de los informes de transposición remitidos a la Comisión

Europea ¹⁰⁶—. El estudio contaba con limitaciones importantes, pues difícilmente puede llegarse a resultados concluyentes a partir de información extremadamente parcial (el texto de las transposiciones nacionales). A nadie escapa que un análisis de esta naturaleza, requeriría poder comparar los sistemas penales en su conjunto.

Dos indicadores fueron analizados: la tipología de las sanciones y las penas máximas de prisión previstas para cada uno de los nueve delitos. En cuanto a la tipología, el estudio se limitó a identificar en qué ocasiones se prevén penas de prisión y de multa, ya sea como penas únicas, alternativas o cumulativas. Otras penas no pudieron ser analizadas porque en los informes nacionales no constaba siempre esta información. En cuanto a la pena de prisión, no se pudieron comparar penas mínimas, pues no todos los Estados Miembros las prevén en sus legislaciones. Tampoco se pudo comparar la gravedad de las penas de multa. En muchos de los países se siguen sistemas equivalentes a nuestro sistema de días-multa, con lo que resulta imposible cuantificar un marco penal para las multas a partir únicamente del texto de estos delitos. Además de estas limitaciones, surgieron otras dificultades: en muchas ocasiones, las conductas previstas en la Directiva se fragmentan en distintos tipos penales previstos incluso en distintas leyes. Se optó por la pena de prisión más elevada en el conjunto de conductas que, de acuerdo con el propio informe nacional, correspondían a la transposición de cada uno de los nueve delitos. Aun así, todavía complicaciones: en algunos países la pena máxima identificada correspondía a supuestos agravados, cuya existencia no podía descartarse en otros países, si bien contempladas en disposiciones no reflejadas en los informes nacionales.

A pesar de todo ello, el estudio arrojó algunos resultados indicativos del nivel de armonización de sanciones alcanzado con la Directiva. Las principales conclusiones del estudio fueron que, si bien se observa un alto grado de cumplimiento en cuanto al uso del Derecho penal en los distintos Estados Miembros, las disparidades con relación a la tipología y a la gravedad de las sanciones son significativas. Esta circunstancia, que bien podría ser señalada como un déficit de proporcionalidad entre los Estados Miembros y ser utilizado como argumento para la revisión de la Directiva, es, sin embargo, expresión de uno de los problemas que plantea la aproximación de sanciones penales en la Unión Europea: el principio de proporcionalidad debe operar, en primera instancia, en el contexto de cada sistema penal nacional.

4. Sobre las perspectivas de futuro

La Directiva 2008/99/CE, con sus luces y sus sombras, llega al décimo aniversario de su aprobación en 2018. Como consecuencia de los déficits en su implementación, se ha abogado por una revisión de la misma, sobre la base del nuevo marco jurídico existente desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 ¹⁰⁷—. Al amparo del artículo 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), existen dos vías para el establecimiento de normas penales mínimas. La primera, prevista en

el artículo 83.1 TFUE, correspondería a la llamada «criminalización securitaria», ya presente en el Tratado de Amsterdam (1997). Se trata de la posibilidad del Parlamento Europeo y el Consejo de establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos de especial gravedad y con dimensión transfronteriza. El TFUE ofrece una lista tasada de delitos (el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada), si bien con una cláusula abierta que permite añadir otros ámbitos delictivos en función de la evolución de la delincuencia.

El artículo 83.2 TFUE hace referencia a la llamada «criminalización funcional». Fruto de una larga evolución, hoy recoge la jurisprudencia derivada del conflicto institucional en materia de delitos ambientales. Así, se prevé la posibilidad de establecer, mediante directivas, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate, cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados Miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización.

Con posterioridad al Tratado de Lisboa, con base en el artículo 83.1 o 83.2 TFUE se han aprobado Directivas que, en materia de sanciones penales, optan por establecer un mínimo con relación a la pena máxima privativa de libertad ¹⁰⁸.

Es indudable que una eventual revisión de la Directiva 2008/99/CE en sentido parecido permitiría una mayor armonización de las sanciones penales, además de posibilitar, en caso de que los delitos fueran punibles con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años, la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (2004). Esta posibilidad es fuertemente reivindicada como necesidad, por ejemplo, por las organizaciones ambientalistas que trabajan en materia de tráfico ilegal de especies de flora y fauna silvestre.

Sin embargo, como se ha indicado a lo largo de estas páginas, en el contexto europeo, junto con recomendaciones para una mejora de la Directiva, ya sea en la descripción de las conductas, ya sea en el sistema de sanciones, se insiste en la oposición al recurso indiscriminado al Derecho penal en este ámbito. Baste con leer con atención el interesante análisis y conclusiones de EFFACE, grupo de expertos que en el desarrollo de un proyecto interdisciplinar europeo sobre delitos ambientales analizaron en profundidad la cuestión ¹⁰⁹. De entre las muchas cuestiones abordadas, destacaré, a forma de conclusión, una advertencia que comparto y que considero fundamental: de poco servirá armonizar las sanciones penales mientras no exista un sistema obligatorio de recolección de datos con relación a la persecución y sanción de los delitos ambientales en la Unión Europea, que permita evaluar racionalmente y sobre la base de datos empíricos la política criminal europea en materia ambiental.

Compliance ambiental: aspectos esenciales, a la luz de la reforma penal de LO 1/2015, de 30 de marzo

Elena M. Górriz Royo

Profesora Titular de Derecho Penal

Universitat de València (Estudi General)

I. INTRODUCCIÓN

Una de las primeras monografías jurídicas que adquirí como estudiante de Derecho, en 1993, fue la obra del Prof. Terradillos «*Delitos societarios*» (1987). En dicho trabajo ya planteaba, de forma novedosa, la posibilidad de revisar el principio «*societas delinquere nec punire potest*», apuntando además un sistema de sanciones o medidas para las personas jurídicas «...sin esperar a la configuración de un nuevo sistema penal» ¹¹⁰. Casi siete años después el prof. Terradillos formó parte de mi tribunal de tesis, lo cual no solo supuso un honor para mí, al ser el referente del Derecho penal ambiental en nuestro país, sino también un emotivo reto.

Como modesto tributo a su trayectoria en dicho ámbito, en este trabajo esbozaré unas notas básicas sobre el expediente jurídico que permite eximir de responsabilidad penal directa a las personas jurídicas en medio ambiente y que, a raíz del art. 31 bis).2 CP se conoce comúnmente como *compliance*. Objetivo de este trabajo será, pues, delimitar, respecto a los delitos del Capítulo III del Título XVI CP, los aspectos esenciales del *compliance* ambiental, expresión con la que cabe aludir a lo que, de forma similar, en el sistema del *Common law* se denomina «*environmental compliance*».

Se trata de un expediente esencial para tutelar de manera eficaz el medio ambiente pues en suma

permite implementar una «cultura» fundada en la detección prospectiva de riesgos y su evitación de manera previa a la causación de daños lo que, en medio ambiente, reporta mayores beneficios que la aplicación de sanciones tras lesionar aquel bien jurídico ¹¹¹. De hecho, en países como EEUU, el estudio de medidas preventivas de los *compliance ambientales*, constituye una temática propia, a caballo entre el Derecho penal de sociedades (*corporate criminal law*) y el Derecho ambiental (*Environmental law*), toda vez que el desarrollo de programas de cumplimiento se considera un paso necesario hacia el *desarrollo sostenible en medio ambiente* ¹¹².

En la implementación de *environmental compliances*, influyó notablemente la aprobación de las denominadas « *United States Sentencing Guidelines for Organizations*» (2005) ¹¹³ y la aceptación, hace más de un siglo, de la *responsabilidad penal de las personas jurídicas* por parte del *US Supreme Court* ¹¹⁴. Aquellas directrices se cuentan, además, entre las legislaciones que, junto a la comunitaria ¹¹⁵, más han influido en la actual legislación penal española sobre responsabilidad de personas jurídicas y programas de cumplimiento ¹¹⁶.

Nuestra *vigente regulación penal* hace posible el desarrollo de esta clase de *corporate compliance programs*, con relación a las actuaciones de las *personas jurídicas* ¹¹⁷ en medio ambiente porque, asimismo, cabe la posibilidad de responsabilizarlas penalmente al incluirse los delitos del Capítulo III Tit. XVI, en el sistema de «*numerus clausus*» ¹¹⁸ sobre el que pivota el art. 31 bis) CP desde la LO 5/2010, de 22 de junio ¹¹⁹, hasta la LO 1/2015, de 30 de marzo. Sin ánimo de profundizar en los compromisos internacionales de nuestro país en la materia ¹²⁰, cabe reparar en que la reforma de LO 1/2015 modificó el art. 31 bis) CP, profundizando en aquel inicial modelo y especificando en su apartado 1º, el sistema de responsabilidad por transferencia a la persona jurídica (o vicarial). Como principal novedad, ofrece una detallada regulación de los modelos de organización y gestión en los apartados 2, 3, 4 y 5 del art. 31 bis) CP, toda vez que enfatiza el papel delimitador de la responsabilidad penal o de su exclusión, de aquellos *compliance guides* ¹²¹.

II. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN MEDIO AMBIENTE A RAÍZ DE LAS REFORMAS DE LO 5/2010 Y LO 1/2015

La reforma de LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo por primera vez, la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Capítulo III del Título XVI ¹²², a través de las cláusulas de los arts. 327 CP y del art. 328.6 CP ¹²³. Dichas cláusulas solo incluían *algunos* delitos contra el medio ambiente en del sistema de *numerus clausus* previsto *ex novo* en el art. 31 bis) CP. En concreto, se referían, respectivamente, al delito del art. 325 y a los del art. 328, 1, 2, 3 y 4 CP. Así, desde 2010, cabía castigar tanto a una persona física como a una jurídica, por aquellos delitos o incluso cabía acumular las respectivas autorías de las personas física y jurídica. Las penas previstas eran *multas*, que según el art. 327 CP podían llegar a durar de dos a cinco años, siempre por referencia al delito cometido por la persona física (que debía tener señalada una prisión de más de cinco años) ¹²⁴.

Respecto a los delitos del art. 328, las multas podían ser de uno a tres años o bien o multa del doble o cuádruple del *perjuicio causado* cuando la cantidad resultante fuera más elevada. Esta multa también venía condicionada por el delito cometido por la persona física, que tenía que tener una prisión de más de dos años (art. 328.6 a) CP) ¹²⁵. Para aquellos delitos además, cabía aplicar las penas del art. 33. 7 CP b) a g). No obstante, inexplicablemente, no cabía imputar responsabilidad penal a personas jurídicas, por el delito del art. 330 CP, aspecto éste que se ha corregido por LO 1/2015.

Asimismo, dicha reforma de 2015, introdujo una *única referencia* a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia de medio ambiente en el art. 328 CP que ahora alude a «...*los delitos recogidos en este capítulo*» ¹²⁶. Frente a otras alternativas ¹²⁷, este cambio ha expandido la punibilidad a *todos* los delitos de los art. 325 a art. 331 CP, incluyendo al del art. 330 CP, lo que ha de valorarse positivamente. Las *penas* del art. 328 CP coinciden con las del anterior art. 328.6 CP, si bien han desaparecido las multas previstas, en la reforma de 2010, en el art. 327 CP. Se ha mantenido el régimen de multas más gravoso ¹²⁸ que oscilan entre uno o tres años (apartado a) o multa de seis meses a dos años (apartado b), en función de si, respectivamente, el delito cometido por la persona física se conmina con prisión de más de dos años o con menos.

Alternativamente estas multas pueden sustituirse por otras proporcionales en atención al *perjuicio*

causado «...cuando la cantidad resultante fuese más elevada» ¹²⁹. Asimismo, se pueden imponer las penas más severas del art. 33.7 b) a g) CP (v.gr. la disolución de la persona jurídica), para los casos cualificados que se ajusten a las reglas del art. 66 bis) CP. Esta nueva regulación plantea algunas críticas, como la exclusión de los delitos de *incendio* ¹³⁰, lo que podría solventarse si se aceptara la propuesta *de lege ferenda*, para incluir los delitos de incendios en aquel Capítulo III. Pero sobre todo suscita importantes dudas acerca de si la cláusula del art. 328 CP también alcanza las prevaricaciones del art. 329 y las modalidades imprudentes de los delitos del Capítulo III (art. 331 CP).

Respecto a las *prevaricaciones ambientales* del art. 329 CP hay que recordar que no se preveían entre los delitos que cabía imputar a las personas jurídicas según la reforma penal de 2010. Y aunque entendamos que, el vigente art. 328 CP afecta al art. 329 CP, es cuestionable que alguna persona jurídica pueda ser imputada por aquellos delitos. De un lado, porque el art. 329 CP prevé *delitos especiales* que solo pueden ser cometidos por *funcionarios públicos o autoridades*, ex art. 24 CP. Aun admitiendo la remota posibilidad de que un órgano administrativo en pleno (v.gr. el pleno de un ayuntamiento) cometa una prevaricación del art. 329 CP, no cabría castigarle penalmente porque lo impide el art. 31 *quinquies*) CP ¹³¹, ni, por ende, cabría desarrollar un *compliance* ambiental en su seno ¹³². Pudiera ser que, en suma, la referencia del art. 328 CP debiera interpretarse de modo que *de facto* no quepa abarcar a los delitos del art. 329 CP, pues su inclusión respondería, más bien, a un nuevo *lapsus* del legislador penal de 2015.

La cláusula del actual art. 328 CP también plantea la cuestión de si cabe imputar responsabilidad penal a personas jurídicas por delitos ambientales *imprudentes*. Puede responderse apelando a una interpretación basada en la literalidad del art. 328 CP cuando alude a los «delitos» recogidos en este capítulo. Pero puesto que el art. 331 CP no prevé ningún delito sino una cláusula de extensión de la responsabilidad penal a la modalidad imprudente (*vid.* art. 12 CP), de los delitos del Capítulo III Título XVI, el art. 331 CP no se vería afectado por el art. 328 CP. Ello excluiría la imputación a personas jurídicas de delitos ambientales imprudentes cometidos por una persona física.

Como alternativa a dicha interpretación, cabe plantear un entendimiento más apegado al principio de vigencia ¹³³ y guiado por el criterio material-teleológico de tutela del medio ambiente. Así, pese a que el art. 331 CP no prevé «delitos», sí faculta a que los previstos en dicho Capítulo III puedan castigarse en su modalidad imprudente (excepto los del art. 329 CP) ¹³⁴. Carecería de sentido que todo el vasto campo de delitos ambientales imprudentes, que sí pueden imputarse a personas físicas, no pudieran serlo a las personas jurídicas habida cuenta de la frecuencia con que se ven involucradas en imprudencias que puede causar peligros y/o daños al medio ambiente tanto o más graves que los cometidos por personas físicas. Más aún, las medidas preventivas a adoptar en un *compliance* pueden ser especialmente eficaces para evitar la comisión imprudente de unos delitos ambientales accesorios del Derecho administrativo, en los que, por ello, el cumplimiento de la normativa ambiental puede reforzarse, asociándose al incentivo de que la persona jurídica quede exonerada de responsabilidad penal.

III. COMPLIANCE EN DERECHO PENAL DEL MEDIO AMBIENTE: RASGOS BÁSICOS

El desarrollo de los «modelos de organización y gestión» del art. 31 bis) CP, en *medio ambiente*, viene avalado por antecedentes en los países anglosajones de donde, originariamente, proceden los *corporate compliance programs*. La cultura del cumplimiento en países como EEUU, forma ya parte de la ética empresarial, basada en la idea de que es preferible garantizar el cumplimiento que aplicar infracciones y sanciones, sean administrativas o penales.

Esta idea ha calado especialmente en materia ambiental, donde el estudio de los *environmental compliances* constituye prácticamente una materia específica en el sistema jurídico ¹³⁵. Ante todo porque los delitos ambientales cometidos por empresas son considerados *white-collar crimes* ¹³⁶ y se asume que de ellos proceden los ataques más graves contra el medio ambiente (*corporate environmental crimes*) ¹³⁷. En este ámbito, los *compliance* se asientan en la aplicación de la ley de manera prospectiva y dirigida a evitar la infracción toda vez que las sanciones se perciben como algo *evitable* cuando, con antelación, se pone en marcha eficazmente un *compliance program* ¹³⁸.

Así, gana terreno un sistema basado en el control y la cooperación, en el que prevalece hacer cumplir la legalidad frente a la finalidad de retribuir o disuadir ¹³⁹. Es evidente que, en nuestro país, los *compliance programs* también adquieren pleno sentido en sectores como el medio ambiente no solo

con respecto a las grandes empresas sino también para las medianas y pequeñas, puesto que, al ser un ámbito tan específico, estas últimas ya vienen obligadas por el Derecho administrativo a instaurar sistemas de control ¹⁴⁰.

Por todo ello interesa esbozar cómo pueden proyectarse los aspectos más básicos del sistema de *compliance* diseñado en el art. 31 bis) CP ¹⁴¹, apartados 2 (condición 1ª), 4 y 5, en los delitos contra el medio ambiente, al habilitarlo el art. 328 CP ¹⁴². Como es sabido el régimen de exención a que puede dar lugar la implantación de dichos *compliances* tiene dos variantes si bien, salvo alguna diferencia ¹⁴³, los *requisitos relativos a su contenido son, en esencia, los mismos* ¹⁴⁴.

Así, por lo que toca al *contenido sustancial* de los «modelos de organización y gestión» del art. 31 bis) apartados 2.1 y 4 CP), éstos han de revestir las siguientes características para desplegar efectos eximentes: a) contener las *medidas de vigilancia y control* «idóneas» para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (art. 31 bis) 2.1ª CP); b) ser «adecuados» para prevenir aquellos delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (art. 31 bis) 4º CP); c) cumplir con una serie de requisitos legales (art. 31 bis) 5 CP) de entre los que destaca el relativo a «*identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos*» ¹⁴⁵. Por último, la legislación penal exige constatar la *eficacia preventiva ex ante* del *compliance* para evitar el correspondiente delito ¹⁴⁶, lo que en suma, obliga a que haya de perseguir tres objetivos: prevención, detección y paliación ¹⁴⁷. Todo ello remite, a comprobar si en el seno de la empresa existe y se ha desarrollado, efectivamente, una *cultura de cumplimiento* o una «cultura de respeto al Derecho»(*vid.* SSTs 221/2016, de 2 marzo; 154/2016, de 29 marzo).

Trasladando estos requisitos al *compliance ambiental*, es posible delimitar su *contenido material* ¹⁴⁸ de suerte que, más allá de los requisitos formales básicos ¹⁴⁹, la exigencia más elemental y a la vez más imprescindible --para valorar la eficacia de un *compliance* en sede judicial-- sería la relativa a *identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos*. (art. 31 bis) 5º, 1º CP). Con este requisito se trata de dar a conocer aquellas conductas susceptibles de constituir un ilícito ambiental con relevancia penal y que, por ende, la persona jurídica no puede tolerar, partiendo de la base de que las personas que trabajan para ella, incluidos los cargos de administración o dirección, pueden no ser conocedores del contenido de dichos delitos ¹⁵⁰. Ello se puede lograr, principalmente, a través de dos instrumentos:

1.- El *mapa de riesgos* (*liability inventory*) ¹⁵¹, también denominado « *matriz de riesgos*» ¹⁵². Debe confeccionarse y plasmarse en un documento que, normalmente, habrá de dirigirse al órgano de dirección de la empresa para que, eventualmente, adopte las medidas preventivas a desarrollar por la empresa. En dicho documento habrá que sopesar los riesgos, de manera cualitativa, de modo que, en caso de ser diversos, habrá que jerarquizarlos a la vista de la actividad económica que desarrolle la empresa. En materia ambiental los riesgos son, en principio, tan variados como inabarcables, si bien para configurar un *compliance* ambiental desde la perspectiva penal, solo han de considerarse los riesgos directamente vinculados a la comisión de algún delito contra el medio ambiente. Ello permite acotar el campo por relación, en primer lugar, al *riesgo o daño típico* que se prevea en los arts. 325 a 331 CP.

Pero también habrá que identificar los riesgos derivados de verificar cualquier otro elemento típico de aquellos delitos. Se juega aquí con la ventaja de que la mayoría de delitos ambientales se construyen, sobre una estructura típica repleta de términos y remisiones normativas o incluso en blanco, a la normativa administrativa sectorial donde, por lo general, los requisitos a cumplir son muy específicos y tasados. Ello facilita la identificación de aquellos riesgos de modo que para conjurarlos, será básico supervisar que se hayan solicitado y obtenido los oportunos *permisos, autorizaciones o licencias requeridos para la concreta actividad y que los mismos sean válidos y estén en vigor* ¹⁵³. Ante todo porque aquellos actos administrativos indican el nivel de contaminación (riesgo) permitido para la empresa (v.gr. caudal de vertido por día y hora; gases que pueden emitirse a la atmósfera/día etc.).

Junto a ello, también puede resultar necesario concretar si --y en qué medida-- la actividad empresarial impacta *directa o indirectamente*, en alguno de recursos naturales a los que aluden aquellos delitos: *agua* (v.gr. ríos, mares y toda clase de acuíferos), *suelo, subsuelo, aire y ambiente*

(en el sentido de entorno libre de ruidos). En relación a cada recurso, habrá que supervisar el cumplimiento de la legislación administrativa aplicable (estatal, autonómica o local). Por último, habrá que controlar el correcto funcionamiento y estado de las concretas *fuentes* del riesgo para dichos (v.gr. espitas que dan salida a vertidos, depuradoras, vertederos, depósitos, etc.) a fin de evitar que se desencadene un curso causal que, eventualmente, conduzca al *daño o peligro típico* --sea abstracto o concreto-- conminado en algún delito del citado Capítulo III.

2.- En segundo lugar, la previa *evaluación de riesgos* se sustancia en un *análisis* pormenorizado de aquellos riesgos ambientales en que la concreta empresa puede incurrir. Dicha ponderación atiende a una metodología que suele seguir cuatro etapas: la identificación de riesgos (mapa de riesgos), la cuantificación de los mismos, su control y su comunicación ¹⁵⁴. Esta tarea de *control interno*, puede complicarse en Derecho ambiental pues, como es sabido, es el ámbito por excelencia donde se generan multitud de riesgos cuyo origen es, con frecuencia, difícil de determinar. De modo que la imputación de determinados riesgos (v.gr. cumulativos, originados por sinergias, etc.) a la acción de un solo factor o agente, es uno de los aspectos más complejos de probar en estos delitos.

No obstante hay que incidir en que un *compliance ambiental*, dirigido a cumplir con la legislación penal, solo habrá de cuantificar los riesgos relativos a la comisión de delitos contra el medio ambiente, y no de cualquier otra infracción. Para ello habrá que relacionar la actividad de la concreta empresa con un/os delito/s particular de los arts. 325, 326, 326 bis (art. 327), 330 y 331 CP y no con cualquier posible infracción ambiental. Pero incluso en relación con un delito, es preciso concretar el ilícito que más probablemente puede imputarse a una persona jurídica (v.gr. contaminación acústica, atmosférica, etc.). O bien priorizar los delitos que, de forma más común, se le pueden imputar, si bien una empresa no puede responder por aquellos delitos cuyo riesgo de aparición haya sido valorado como bajo ¹⁵⁵.

A fin de especificar aquellos delitos, el *procedimiento* de evaluación de riesgos habría de pasar por las siguientes fases:

a) *Determinar el sector de la empresa o actividad en la que se va a analizar el riesgo penal*. Sin ánimo de exhaustividad, cabe apuntar que *las personas jurídicas que habrán de proveerse de programas de cumplimiento ambiental* (o al menos dotarse de un *compliance* genérico con una sección específica dedicada al cumplimiento de la normativa ambiental) *serán aquellas en las que concretas personas físicas provoquen o realicen, directa o indirectamente* alguna de las actividades tipificadas en los arts. 325 a 330 CP, como, entre otras ¹⁵⁶:

- Vertidos a las aguas terrestres, subterráneas, marítimas o captaciones de aguas.
- Cualquier emisión a la atmósfera o al aire (v.gr. gases)
- Radiaciones y propagación de energía (ondas y partículas materiales u ondas no sonoras: radiaciones electromagnéticas, lumínicas y nucleares)
- Extracciones de tierra, excavaciones, aterramientos en suelo, subsuelo y zonas húmedas.
- Ruidos o vibraciones (movimientos trémulos propagados por ondas)
- Inyecciones (o introducción a presión de un fluido, gas o líquido en agua o suelo) o depósitos.
- Gestión de residuos, en las fases de recogida, transporte, valorización, transformación, eliminación, aprovechamiento o traslado de residuos.
- Explotación de instalaciones en las que se realicen actividades peligrosas o almacenamiento de sustancias o preparados peligrosos que puedan impactar en la calidad de recursos naturales (aire, suelo, agua, animales o plantas) o afectar a personas (vid art. 326 bis) CP).
- Actividades que pueda dañar gravemente alguno de los elementos que justifican la calificación de un espacio como natural protegido (art. 330 CP).

b) Además de esta delimitación de la actividad de la empresa habrá que considerar el conjunto de infracciones administrativas ¹⁵⁷ que pueden integrar los delitos que se construyan sobre remisiones en blanco y requieran leyes de complemento, emanadas en el ámbito estatal, autonómico o local. Uno de los riesgos que probablemente plantee mayores dificultades para su valoración será el vinculado al ruido, por cuanto la contaminación acústica se regula en una plétora de normas autonómicas y/o municipales, difíciles de desentrañar y dirigidas, a empresas que suelen dedicarse prestar servicios (v.gr. restauración, cafetería, hostelería etc.). Vid. SAP 19 febrero 2014 (Tol 4140366) ¹⁵⁸.

c) Dentro del análisis de la probabilidad de riesgos, desempeñan un papel esencial, los *controles* de la empresa en relación con cada riesgo y su efectividad, así como otras herramientas que permitan una detección subjetiva de riesgos (v.gr. encuestas o entrevistas a trabajadores y directivos, sobre el grado

de cumplimiento).

d) Para completar la evaluación de riesgos, cabrá considerar otros aspectos como determinar si la aparición del riesgo afectaría a los *finés económicos* o estratégicos a alcanzar por la empresa ¹⁵⁹ o cuál es la importancia que, en su seno, se da a la protección del medio ambiente.

e) Tras concluir con la evaluación del riesgo, debe diseñarse además una estrategia para, en su caso, *reducir los riesgos* que hayan podido producirse sobre la base de concretos criterios (plasmados v.gr. en un plan de desarrollo), así como para establecer *revisiones periódicas* de la evaluación del riesgo realizada, en especial, si se han descubierto la comisión de infracciones graves.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

En Derecho penal del medio ambiente los *compliance programs* pueden tener una aplicación no solo amplia sino además muy eficaz. A la postre, ello va a depender de que dichos *compliance ambientales* se adapten particularizadamente a cada empresa y se conciban como instrumentos para que ésta pueda asegurarse de que la normativa ambiental se va a cumplir, que las infracciones y delitos ambientales se pueden prevenir o, en su caso, descubrir y sancionar. Si además se evita estandarizar los *compliance ambientales* a modo de meros formalismos, éstos pueden contribuir a instaurar una cultura ética empresarial de cumplimiento de la legalidad que redunde en beneficio de la propia tutela del bien jurídico *medio ambiente*.

NOTAS:

¹Este trabajo se ha realizado en el seno del proyecto I+D DER2016-77228-P.

²La forma en que se están incorporando al Código penal, en las sucesivas reformas, los acuerdos internacionales que obligan a España a adoptar medidas penales o a adecuarlas en un determinado sentido está afectando seriamente a la calidad técnica del Código penal y generando numerosos problemas interpretativos y concursales. Y esto ha sucedido, como veremos a continuación, en los delitos contenidos en el Código penal dirigidos a la protección del medio ambiente y vida y salud de la personas frente a la contaminación contenidos en los Título XVI (Capítulo III) y XVII (Capítulo I) del Libro II del Código penal que se vieron afectados por las leyes de reforma de 2010 y 2015. En estos casos --como en otros-- la «armonización» ha consistido en transcribir de forma prácticamente literal el texto internacional en el que se acuerdan los objetivos de intervención penal armonizada, sin revisar con la suficiente profundidad la realidad legislativa previa de nuestro ordenamiento y sin adecuar lo que son propuestas o acuerdos de política criminal a las necesidades técnico-jurídicas de la ley penal.

³El art. 345 fue nuevamente modificado por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

⁴Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (apartado XXI). Sin embargo, la LO 1/2015, de 31 de marzo, aunque reforma más tipos penales en el sentido de la Directiva 2008/99/CE, no hace referencia a ello.

⁵Sobre las Directivas 2008/99/CE y 2009/35/CE, ambas protectoras del medio ambiente, puede verse, en relación con el Derecho penal, A. VERCHER NOGUERA, «Algunos planteamientos y reflexiones prácticas en relación al efecto directo de las Directivas Comunitarias en Medio Ambiente y la posibilidad de aplicar las mismas con el objeto de completar normas penales en blanco», en *Revista penal* 33 (2014), pp. 216 y ss.

⁶Los arts. 343 y 345 CP anteriores a las mencionadas reformas eran herederos directos de los contenidos en la antigua la por la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre Energía Nuclear. El Código penal de 1995, con buen criterio, incorporó las conductas que tipificaba la Ley de energía nuclear y actualizó los tipos para adecuarlos al nuevo sistema democrático y a los principios que lo rigen.

⁷El texto anterior a la reforma, originario de 1995, configuraba el resultado de peligro como «poner en peligro su vida, integridad, salud o bienes». Más ampliamente, sobre los delitos contenidos en la Ley de Energía Nuclear puede verse P. M. DE LA CUESTA AGUADO, *Respuesta penal al peligro*

nuclear, ed. PPU, Barcelona, 1994; respecto de la regulación original del Código penal de 1995, de la misma autora, «De los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes» en M. Cobo del Rosal (Coord.), *Comentarios al código penal*, Tomo X (Vol. III) Cesej, Madrid, 2007.

[8](#)Directiva 2008/99/CE. Artículo 3. Delitos. «Los Estados miembros se asegurarán de que las siguientes conductas sean constitutivas de delito, cuando sean ilícitas y se cometan dolosamente o, al menos, por imprudencia grave:

a) el vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o de radiaciones ionizantes que cause o pueda causar la muerte o lesiones graves a personas o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas; [en la versión original inglesa, antes de o a animales. hay una coma]

b) la recogida, el transporte, la valoración o la eliminación de residuos, incluida la vigilancia de estos procedimientos, así como la posterior reparación de instalaciones de eliminación, e incluidas las operaciones efectuadas por los comerciantes o intermediarios (aprovechamiento de residuos), que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas».

[9](#)Art. 3. e) de la Directiva 2008/99/CE literalmente transcrito dice: «Los Estados miembros se asegurarán de que las siguientes conductas sean constitutivas de delito, cuando sean ilícitas y se cometan dolosamente o, al menos, por imprudencia grave: la producción, la transformación, el tratamiento, la utilización, la posesión, el almacenamiento, el transporte, la importación, la exportación y la eliminación de materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas».

[10](#)«Serán castigados con las penas previstas en el artículo anterior, en sus respectivos supuestos, quienes, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carga general, recojan, transporte, valoricen, trasformen, eliminen o aprovechen residuos o no controlen o vigilen adecuadamente tales actividades, de modo que causen (.) muerte o lesiones graves a personas (...)».

[11](#)«Serán castigados con las penas previstas en el artículo 325, en sus respectivos supuestos, quienes, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, lleven a cabo la explotación de instalaciones en las que se realiza una actividad peligrosa o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos de modo que causen (...) muerte o lesiones graves a las personas (...)».

[12](#)Distinta es la estructura típica del art. 345 en relación a la producción de muerte y lesiones graves, aunque de redacción similar, como veremos más adelante.

[13](#)M. MARQUÉS I BANQUE, en *Comentarios al Código penal español*. Tomo I y II, 7ª ed., 2016, p. XXX, considera, por el contrario que estamos ante un concurso de normas (arts. 138 CP y 326 CP) a resolver por el principio de alternatividad, aunque sería más correcto considerarlo un concurso ideal de delitos.

[14](#)Esta solución --que, en definitiva, significa que el art. 326 bis CP no es de aplicación cuando se cause la muerte de personas o se les origine lesiones graves-- solventaría las críticas derivadas del principio de proporcionalidad, pues ya la pena del homicidio no es la misma que la de las lesiones ni la pena de la conducta lesiva sería igual a la de la conducta peligrosa, en relación, exclusivamente, con los bienes jurídicos «Vida» y «Salud de las personas».

[15](#)No vamos a entrar en la reiteración parcial que significa yuxtaponer «integridad física» con «salud», en cuanto que aquella se incluye en el concepto jurídico penal de esta. Por otro lado, nuestro Código penal utiliza con cierta reiteración la expresión «peligro para la vida o salud de las personas», lo que significa tratar igual lo que son riesgos, en teoría, distintos.

[16](#)Entre otras, véase la SAP MADRID 711/2014, de 4 de diciembre o la más que reciente y contundente STS 941/2016, de 15 de diciembre, que confirma el cambio de criterio jurisprudencial y pone de manifiesto, además de la complejidad del problema, la ausencia de uniformidad terminológica en la Doctrina: *Un sector doctrinal estima que es insatisfactoria la forma de estructurarlo como delito de peligro concreto, que es lo que se había consolidado en la jurisprudencia de esta Sala --SS 11-3-1992, 16-12-1998, que fue la primera tras la vigencia del nuevo Código, 14-2-2001, 30-1-2002 y 26-6-2002--, sugiriéndose, como más acertado considerarlo como de peligro hipotético.*

En estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro.

En nuestra STS 141/2008 de 8 de abril, establecimos que la categoría de los denominados delitos de peligro abstracto-concreto o de peligro hipotético no requiere la concreción del peligro en proximidad de amenaza para un bien determinado. Basta la producción de un estado de riesgo pero desde la perspectiva meramente ex ante.

Esa tipificación se asimila a la de los tipos de resultado en la medida que aquel estado de riesgo ha de valorarse en cuanto resultado separado de la conducta. Ello no impide que la existencia del delito se constate por la mera concurrencia de la conducta típica sin que la verificación deba extenderse a la valoración de ese resultado, que resulta implícito en la tipificación del comportamiento por el legislador.

Lo cierto es que el tenor literal de la norma no expresa la exigencia de un peligro concreto, y que la estructura del tipo tampoco lo exige, por lo que debemos concluir que nos encontramos ante una figura delictiva de peligro hipotético o potencial.

[17](#)Fundamentalmente porque el art. 325 CP ya tipifica la contaminación radiactiva, por lo que la reforma del precepto es una reiteración y nos obliga a acudir, de nuevo a un concurso de leyes. En cualquier caso, la exposición masiva de personas a radiaciones ionizantes, estaría tipificado en el art. 341 CP

[18](#)Mucho se ha criticado la técnica legislativa de las sucesivas reformas --sobre todo de las últimas-- del Código penal. En este momento, me gustaría llamar la atención sobre la falta de concordancia en número en el art. 325 CP, entre la(s) conducta(s) y el resultado típico(s). Así, por ejemplo una de las modalidades típicas literalmente transcrita (y aislada) sería: «provocar vertidos que cause [n] daños sustanciales...»). Los arts. 326 y 326 bis CP, sin embargo, hacen concordar correctamente en número el verbo con los complementos del predicado. En otro orden de cosas, la utilización de la expresión «causar daños», por mucho que como traducción literal de la versión original en inglés, aparezca en la Directiva, es francamente mejorable. «Causar daños» es, en lengua española, «dañar». Pero, es que, además, si la calidad es un valor (referenciado sobre una situación previa o deseable, aunque sea mensurable) quizá más correcto que referirse al daño sería utilizar verbos como deteriorar, alterar (negativamente), menoscabar... Similar crítica cabe hacer en relación a «causar daños sustanciales a animales o plantas».

[19](#)También el art. 345 CP, pero con otro significado que se analizará posteriormente.

[20](#)También se plantea este problema en relación con los «daños sustanciales a la calidad» pero, aunque poco correcta, la expresión es comprensible incluso de forma gráfica y habrá que entender que se menoscaban las características previas del objeto ambiental en su concreta configuración en el ecosistema dado. Este es un problema que desde hace años preocupa a la doctrina alemana, por lo que no vamos a entrar a analizarlo en este momento.

[21](#)En relación con el riesgo grave para el equilibrio de los sistemas naturales del art. 325 CP hay que advertir las siguientes cuestiones: primero, que la Jurisprudencia considera que «los sistemas

naturales» es el bien jurídico protegido, y, por tanto, el peligro es un elemento normativo que va referenciado al bien jurídico. Sigue con ello la concepción mayoritaria en España según la cual el peligro no afecta al objeto de la acción (material) sino al bien jurídico protegido (inmaterial). Así planteado, la ambigüedad es difícilmente evitable (y, de paso, la discrecionalidad judicial) pues es imposible probar la puesta en peligro de un valor (el equilibrio). En segundo lugar, se considera probado el peligro cuando se superan los límites reglamentariamente previstos (lo que podría acabar significando que el principio de precaución del Derecho Administrativo es, al final, el fundamento de la pena). Y, finalmente, pero no menos importante, el Tribunal Supremo ha sufrido una deriva desde la configuración de esta modalidad de peligro como de peligro concreto a conceptualizarlo como de delito hipotético o de idoneidad (sobre esta cuestión comentando la primera sentencia condenatoria del Tribunal Supremo sobre delito ecológico, puede verse N. GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura*, ed. Praxis, Barcelona, 1998, p. 145. Pueden verse también, entre otros muchos, J. TERRADILLOS BASOCO, «Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», en J. J. Terradillos Basoco (coord.) en *Derecho penal del medio ambiente*, ed. Trotta, Madrid, 1997, p. 49; M. C. ALASTUEY DOBÓN, *El delito de contaminación ambiental (Artículo 325.1 del Código penal)*, ed. Comares, Granada, 2004, pp. 112 y ss.; M. LANDERA LURI, «Evolución jurisprudencial en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (Título XVI Capítulo II del Código penal): una crónica (SSTS 2012)», en *Ambiente y Derecho*, (2011), p. 253; E. HAVA GARCÍA, en *Derecho penal español*, Tomo II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 1047. Con un resumen de las diversas posiciones, antes de la reforma de 2015, A. MENDO ESTRELLA, *El delito ecológico del artículo 324.1 del Código penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 126 y ss. Esta cuestión, como ya ha advertido desde antiguo la doctrina, sin embargo, es, en la práctica, secundaria, pues cuando se condena por este precepto (delito de peligro) ya se han producido graves daños ambientales (más ampliamente, P. M. DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, 2ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 173 y ss.).

[22](#)Por razones de espacio, omito comentar la evidente contradicción sistemática.

[23](#)Entre las posibles críticas al Legislador penal de los últimos años, no ocupa el último lugar la que hace referencia a la ausencia de uniformidad en la redacción de los distintos tipos penales cuando utilizan los mismos términos o expresiones. Más allá del discrecional uso de mayúsculas o minúsculas; de tiempos verbales o de formas de numeración, en relación con los artículos que estamos analizando, quizá convenga detenerse, en cómo se redacta la «coletilla» a la que tanto nos hemos referido. Así, en el art. 345 CP el Legislador ha prescindido de la coma delante de «a animales o plantas». Lo contrario sucede en los arts. 325.1, 326 CP, dónde ha optado por introducirla (también sucede en el art. 326 bis CP, aunque en este caso «animales o plantas» no va precedido por un disyuntivo). Debe recordarse que el uso de la coma es incompatible con la conjunción «o», salvo que se trate de «una relación compuesta de elementos complejos que se separan unos de otros por punto y coma» (puede verse en línea en [#sdfootnote24anc" _mce_href="#sdfootnote24anc" name="sdfootnote24sym"24](#)Según el artículo párrafo 1º del artículo 45 de la Constitución Española: «1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo».

[25](#)Lo que ha hecho el legislador constitucional en el párrafo 1º del artículo 45, es expresar un derecho-deber con dos objetivos. Primero, como derecho, hace posible un adecuado desarrollo de la personalidad de su titular, y ello supone por lo tanto un planteamiento individual. Pero, además, desde el momento en que el derecho al medio ambiente comporta un deber, lo que se pretende es asegurar que esa posibilidad de desarrollo de la personalidad, que tiene lugar a través del medio ambiente, pueda reproducirse en todos y cada uno de los ciudadanos, sin excepción.

[26](#)Según el párrafo 3º del artículo 45 de la Constitución Española: «3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

[27](#)El mandato previsto en el párrafo tercero del artículo 45 de la Constitución Española, se ejecutó, en lo que a la norma penal se refiere, con el artículo 347 bis del Código Penal, incorporado a través

de la Ley de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 1983. Se trataba de una norma de protección penal ambiental limitada, en la que las únicas conductas delictivas eran las «*emisiones o vertidos*». Por lo demás, las diferentes normas administrativas ambientales han venido aportando sus infracciones y las correspondientes sanciones previstas para las mismas.

[28](#)El Código Penal regula el medio ambiente de forma expresa en el Título XVI: *De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente*, organizándose la referida regulación en cinco Capítulos referidos, el primero de ellos, a los *delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo*; el segundo, a los *delitos sobre el patrimonio histórico*; el tercero, dedicado a los *delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*; el cuarto, a la *protección de la flora fauna y animales domésticos* y por último, el quinto, que recoge unas disposiciones comunes para todos ellos. Todo ello sin olvidar las disposiciones penales ambientales contenidas en el Título XVII, relativa a los *delitos contra la seguridad colectiva*, en la parte relativa a la energía nuclear, estragos ambientales e incendios forestales.

[29](#)La Red Natura 2000 es una red ecológica propia de la Unión Europea, constituida por áreas de conservación de la biodiversidad distribuidas entre los 28 Estados miembros, cuya finalidad es asegurar en el futuro los hábitats y especies más amenazados de Europa por medio de zonas especiales para su protección y conservación. Constituye el principal instrumento comunitario para la preservación de la biodiversidad en la Unión, dada cuenta de la especial incidencia cuantitativa de la Red en los diferentes países comunitarios. Así, en la Unión Europea, más de 27.000 espacios conforman la Red Natura 2000, lo que supone un 18,12% de la superficie terrestre de la Europa comunitaria. En España, la superficie de espacios asciende a los 210.000 km², de los que más de 137.000 corresponden a superficie terrestre (un 27,29% del territorio español) y unos 72.500 kilómetros cuadrados a superficie marina. Vid. *Actualidad Jurídica Ambiental*. 19 de mayo de 2017, p. 1.

[30](#)El artículo 38.b.3. C) de la Ley Orgánica 2/86, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, señala que cuando se trata de policías de Comunidades Autónomas que han asumido competencias integrales, podrán ejercer, de manera simultánea e indiferenciada con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, las funciones consistentes en «*velar por el cumplimiento de las disposiciones que tiendan a la conservación de la naturaleza y medio ambiente, recursos hidráulicos, así como la riqueza cinegética, piscícola, forestal y de cualquier otra índole relacionada con la naturaleza*».

[31](#)Según el apartado q) del artículo 6 de la Ley 21/2015, de 20 de julio, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, la definición del Agente Forestal es la siguiente: «*Funcionario que ostenta la condición de agente de la autoridad perteneciente a las Administraciones Públicas que, de acuerdo con su propia normativa y con independencia de la denominación corporativa específica, tiene encomendadas, entre otras funciones, las de vigilancia, policía y custodia de los bienes jurídicos de naturaleza forestal y la de policía judicial en sentido genérico tal como establece el apartado 6 del artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, actuando de forma auxiliar de los jueces, tribunales y del Ministerio Fiscal, y de manera coordinada con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, con respeto a las facultades de su legislación orgánica reguladora*».

[32](#)Que serían los Agentes Ambientales del Ministerio de Agricultura, Pesca, Alimentación y Medio Ambiente.

[33](#)Según el artículo 51.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, «*los municipios podrán crear cuerpos de policía propios, de acuerdo con lo previsto en la presente ley, en la Ley de Bases de Régimen Local y en la legislación autonómica.*» Por lo demás, y según el artículo 52.1 de la citada norma, «*los Cuerpos de Policía Local son Institutos armados de naturaleza civil, con estructura y organización jerarquizada*».

[34](#)Artículos 25.2 d), e) y f).

[35](#)Precisamente en línea con lo acabado de indicar y con ocasión del Seminario de Especialistas en

Delitos en Materia de Incendios Forestales, dirigido a miembros de la Carrera Fiscal y celebrado en Madrid los días 12 y 13 de diciembre de 2005, se elaboraron unas conclusiones dirigidas a la Fiscalía General del Estado, con fecha de 18 de diciembre del citado año, en las que se ponía de relieve lo siguiente: *«Se tuvo ocasión de observar acentuadas diferencias, controversias e importantes discrepancias entre las fuerzas policiales, autoridades y funcionarios que participan en las labores de investigación de atentados ambientales. Siguen produciéndose "encontronazos" entre los agentes forestales y los miembros del SEPRONA en lo que a la investigación penal se refiere. Se llegó a hablar incluso, en el Seminario, de casos de ocultaciones de pruebas por parte de investigadores ambientales con el fin de perjudicar las investigaciones de la considerada como "competencia" policial en la materia. El propio SEPRONA aportó un mapa...indicativo de una gran diferencia en lo que a las relaciones del Instituto Armado con el Ministerio Fiscal se refiere en el tema de los incendios forestales y en las diferentes provincias del país.»*

[36](#)Para una mayor garantía, el artículo 34 de la LO 2/86, precisa que: *«1. Los funcionarios de las Unidades de Policía Judicial no podrán ser removidos o apartados de la investigación concreta que se les hubiere encomendado, hasta que finalice la misma o la fase de procedimiento judicial que la originara, si no es por decisión o con la autorización del juez o fiscal competente. 2. En las diligencias o actuaciones que lleven a cabo, por encargo y bajo la supervisión de los jueces, tribunales o fiscales competentes de lo penal, los funcionarios integrantes de las Unidades de Policía Judicial tendrán el carácter de comisionados de dichos jueces, tribunales y fiscales, y podrán requerir el auxilio necesario de las autoridades y, en su caso, de los particulares.»*

[37](#)Precisamente para resolver la contradicción y tener una opinión uniforme, esta Sala, en su condición de último intérprete de la legalidad penal ordinaria, en Pleno no jurisdiccional de 17 de noviembre de 2003 tomó el acuerdo siguiente: *«1º) El artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se encuentra derogado, si bien debe ser actualizado en su interpretación. 2º) El Servicio de Vigilancia Aduanera no constituye policía judicial en sentido estricto, pero sí en sentido genérico del artículo 283. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que sigue vigente. Conforme establece la Disposición Adicional Primera de la LO 12/95, de 12 de diciembre sobre Represión del Contrabando, en el ámbito de los delitos contemplados en el mismo tiene encomendadas funciones propias de policía judicial, que debe ejercer en coordinación con otros cuerpos policiales y bajo la dependencia de los Jueces de Instrucción y del Ministerio Fiscal. 3º) Las actuaciones realizadas por el Servicio de Vigilancia Aduanera en el referido ámbito de competencia son procesalmente válidas»*

[38](#)Artículo 46: *«1. Cuando las Comunidades Autónomas que, según su Estatuto, puedan crear cuerpos de policía no dispongan de los medios suficientes para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 38.1 y 2,c) de la presente Ley, podrán recabar a través de las autoridades del Estado el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, correspondiendo en este caso a las autoridades gubernativas estatales la determinación del modo y forma de prestar el auxilio solicitado. En el caso de considerarse procedente su intervención, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado actuarán bajo el mando de sus jefes naturales. 2. En el resto de los casos, cuando en la prestación de un determinado servicio o en la realización de una actuación concreta concurren simultáneamente miembros o unidades de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de la Policía de la Comunidad Autónoma, serán los mandos de los primeros los que asuman la dirección de la operación.»*

[39](#)Artículo 53: *«Los Cuerpos de Policía Local deberán ejercer las siguientes funciones: 1.c) Instruir atestados por accidentes de circulación dentro del casco urbano. 1.e) Participar en las funciones de Policía Judicial, en la forma establecida en el artículo 29.2 de esta Ley. (...) 1.g) Efectuar diligencias de prevención y cuantas actuaciones... 2. Las actuaciones que practiquen los cuerpos de policía local en el ejercicio de las funciones previstas en los apartados c) y g) precedentes deberán ser comunicados a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado competentes.»*

[40](#)Igualmente viene reflejado en la normativa de las Comunidades Autónomas, de la que es claro exponente el artículo 98.5º de la Ley de Montes de Aragón.

- [41](#)El párrafo primero del artículo 46 viene a establecer que las Comunidades Autónomas que tuvieran competencia para establecer su propia policía y no la tuvieran, podrán recabar el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. *Vid.* nota 15 *supra*.
- [42](#)Según el artículo 31 del Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial: «*Se crean las Comisiones Nacional y Provinciales de Coordinación de la Policía Judicial con el fin de armonizar la unidad de dirección en las fuerzas policiales adscritas a la investigación criminal*».
- [43](#)Ley 10/2006, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes.
- [44](#)Según el artículo 24: «*1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas*».
- [45](#)Por ejemplo, los artículos 6 q) y 58 de Ley de Montes para los Agentes Forestales, en su redacción de 2015, etc.
- [46](#)B. MENDOZA BUERGO, «Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo», en C. Da Agra *et al.*, *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, Atelier, 2003, p. 69.
- [47](#)J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999, p. 23.
- [48](#)B. MENDOZA BUERGO, *cit.*, pp. 69-70.
- [49](#)U. BECK, *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo XXI de España editores, 2002.
- [50](#)B. SCHÜNNEMANN, «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana», *ADPCP*, tomo XLIX, I (1996), pp. 198-199.
- [51](#)J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 30.
- [52](#)Como señala Ruiz Rodríguez, algunos casos de enorme relevancia «*han obligado a los responsables públicos, aún es pronto para afirmar que con éxito, a adoptar políticas de protección de la salud de las personas que reconozcan aquellos avances científicos como una necesidad y, a su vez, como un potencial riesgo para esa salud elevada a interés básico de convivencia y merecedora de la máxima protección*», en L. R. RUIZ RODRÍGUEZ, «La reforma penal de los delitos contra la salud pública como respuesta a las innovaciones científicas y tecnológicas», *RECPC*, 18-19 (2016), p. 2.
- [53](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *El delito ecológico*, Madrid, Trotta, 1992; y N. J. DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona, Cedecs, 1996.
- [54](#)L. R. RUIZ RODRÍGUEZ, «La reforma penal de los delitos contra la salud pública como respuesta a las innovaciones científicas y tecnológicas», *cit.*
- [55](#)No obstante, los delitos relativos a la manipulación genética recogidos en el Título V del Libro II

del Código penal no remiten a un único bien jurídico. En profundidad, L. GRACIA MARTÍN y E. ESCUCHURI ASIA, *Delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética: estudio sobre los títulos VI y V del Libro II del Código penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

[56](#)En este sentido, G. J. FIERRO, *Causalidad e imputación*, Buenos Aires, Astrea, 2002, pp. 379 y ss.; y J. L. DíEZ-RIPOLLÉS, «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana un debate desenfocado», en M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez, *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Madrid, Edisofer, 2006, pp. 553-602.

[57](#)Sobre el papel de los comités científicos en la determinación del riesgo véase C. CIERCO SEIRA, «El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español», *Revista de Administración Pública*, núm. 163 (2004), pp. 73-125; y M. J. MONTORO CHINER, «Perspectivas de contraste ante el riesgo ecológico. Agentes que intervienen en la evaluación del riesgo. En especial, los comités científicos», en M. J. Buxó y M. Casado (coords.), *Riesgo y precaución. Pasos hacia una bioética ambiental*, Barcelona, Residència d'Investigadors CSIC-Generalitat de Catalunya, 2005, pp. 125-136, que destaca la reducción de la conflictividad que supone la cesión de las decisiones a un grupo de expertos debido, a su entender, de una doble causa: «el celo y la diligencia con que los expertos, componiendo por lo general un grupo interdisciplinar, se comportan, o la convicción de los particulares de que la simbiosis órganos administrativos-comités de expertos aglutina un nivel de experiencia y de legitimación política difícil de superar», p. 130.

[58](#)En el ámbito administrativo, cfr. J. M. TERRADILLOS BASOCO, *El delito ecológico*, cit., p. 79. Aunque, como señala Quintero Olivares, el Derecho penal no es el instrumento adecuado para ofrecer seguridad a la ciudadanía. G. QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal ambiental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 70. Sobre la evaluación del riesgo, cfr. también D. VILA VIÑAS, «Regímenes de valoración de riesgos en las políticas de seguridad y control contemporáneas. Líneas de emergencia y crítica», *RECPC*, 15-10 (2013), p. 3, J. M. PAREDES CASTAÑÓN *El riesgo permitido en Derecho Penal (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, Ministerio de Justicia e interior, 1995, y A. CASTALDO, «La concreción del "riesgo jurídicamente relevante"», en J. M. Silva Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, José María Bosch ed., 1997, pp. 233-242.

[59](#)En profundidad, J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico», *Nuevo Foro Penal*, núm. 70 (2006), pp. 86-115.

[60](#)En profundidad, M. GÓMEZ TOMILLO, *Principio de precaución y derecho punitivo del Estado*, Tirant lo Blanch, edición electrónica sin paginar, 2014; S. AGUILAR y A. J. JORDAN, «Principio de precaución, políticas públicas y riesgo», *Política y Sociedad*, vol. 40, núm. 3 (2003), pp. 61-79; y P. CRUZ BOTTINI, «Principio de precaución, Derecho penal y sociedad de riesgos», *Revista General de Derecho penal*, núm. 7 (2007).

[61](#)Establece el principio 15 de dicho documento legal que «con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente».

[62](#)En profundidad, C. CIERCO SEIRA, «El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español», cit., pp. 82-83 y Ruiz Rodríguez, quien destaca las dificultades de hacer frente a la criminalidad ecológica sin un enfoque coordinado, superador de las fronteras nacionales, L. R. RUIZ RODRÍGUEZ, «Limitaciones técnicas, jurídicas e ideológicas para el conocimiento y sanción de la criminalidad económica», *Revista de Derecho penal y Criminología de la UNED*, 3ª época, enero (2009), pp. 347-394; y, del mismo autor, «Las catástrofes medioambientales y la aplicación de la Ley Penal en el espacio», *Revista Eguzkiloren*, núm. 17 (2003), pp. 47-56.

[63](#) Concretamente, el art. 174 del citado Tratado establecía que «la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga».

[64](#) Es de destacar también la Comunicación de la Comisión Europea 2.2.2000 COM(2000) sobre el recurso al principio de precaución que viene a establecer las pautas que han de seguir los responsables políticos que se enfrente a la toma de decisiones a la hora de evaluar, valorar, gestionar y comunicar el riesgo. Así, las medidas a adoptar en caso de necesidad deberán ser proporcionadas según el interés protegido, no discriminatorias en su aplicación, coherentes con otras medidas similares adoptadas, basadas en el examen de costes y beneficios de la acción --y de la no acción--, sujetas a revisión según progrese el conocimiento científico y capaces de designar a quién incumbe aportar las pruebas científicas necesarias. Accesible en «<https://goo.gl/zTIBAB>» [Fecha de consulta: 06/11/2017].

[65](#) Sobre el procedimiento de evaluación y gestión de riesgos en la Unión Europea, cfr. E. MARTÍNEZ PÉREZ, «El principio de cautela en la práctica internacional y europea: concepto, naturaleza jurídica y contenido», en M. Gómez Tomillo, *Principio de precaución y derecho punitivo del Estado*, cit., pp. 17-50.

[66](#) Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de noviembre de 2002, Artegoda y otros/Comisión, asuntos acumulados T-74/00, T-76/00, T-83/00 a T-85/00, T-132/00, T-137/00 y T-141/00, núm. 183-184. Accesible en «<https://goo.gl/ioIz39>» [Fecha de consulta: 06/11/2017].

[67](#) En profundidad, C. M. ROMEO CASABONA, «Aportaciones del principio de precaución al Derecho penal», en C. M. Romeo Casabona (ed.), *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*, Cátedra interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Bilbao-Granada, Comares, 2004, pp. 385 y ss.; y B. MENDOZA BUERGO, «Principio de precaución, Derecho penal del riesgo y delitos de peligro», en C. M. Romeo Casabona (ed.), *Principio de precaución*, cit., pp. 436-442.

[68](#) Cfr. el análisis jurisprudencial que al respecto realiza F. G. SÁNCHEZ LÁZARO, «Deconstruyendo el riesgo permitido. Delitos contra la salud pública, principio de precaución, delitos contra la seguridad vial», *Revista penal*, núm. 25 (2010), pp. 136-150. Asimismo, S. ESCOBAR VÉLEZ, «El traslado del principio de precaución al Derecho penal en España», *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 6, núm. 75, julio-diciembre (2010), pp. 15-40; A. GALÁN MUÑOZ, «La problemática utilización del principio de precaución como referente de la política criminal del moderno derecho penal. ¿Hacia un derecho penal del miedo a lo desconocido o hacia uno realmente preventivo? *The use of the precautionary principle as a benchmark of the modern criminal policy in criminal law. Towards a criminal law of fear to unknown or to one really preventive?*», *REJ - Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 22 (2015), pp. 69-117; y M. ALONSO ÁLAMO, «¿Riesgos no permitidos? Observaciones sobre la incidencia del principio de precaución en el Derecho penal», en M. Gómez Tomillo, *Principio de precaución y derecho punitivo del Estado*, cit., pp. 51-80.

[69](#) Siendo, por lo demás, imposible demostrar la inexistencia de riesgos totales presentes y futuros. Como señalara el Abogado General J. Mischo en el asunto *Greenpeace*, asunto C-6/99, de 25 de noviembre de 1999, párr. 72, el principio de precaución no exige «que una actividad deba quedar prohibida o sometida a restricciones draconianas, cuando no pueda demostrarse científicamente la inexistencia absoluta del más mínimo riesgo, pues todo el mundo sabe que la prueba negativa no en vano ha sido calificada por los juristas de todos los tiempos de probatio diabólica».

[70](#) Como en el caso de los arts. 325, 326, 326bis, 327, 345, 349, 359 a 361, 362quinquies y 363.

[71](#) Así, arts. 341 a 343, 362 y 364.

[72](#) Señala Huerta Tocildo que, en primer lugar, se debe considerar la posible remisión a normas con

rango inferior al de ley, conculcando el principio de división de poderes y la reserva absoluta de ley formal propia del Derecho penal. En segundo lugar, la posibilidad en materia medioambiental de que una misma conducta se convierta en delictiva o no según el lugar de comisión, dado que la normativa variará conforme nos desplazamos por el territorio. Finalmente, la posibilidad de que la remisión sea de tal envergadura que imposibilite al ciudadano conocer con certeza las conductas prohibidas. En S. HUERTA TOCILDO, «Principios básicos del Derecho penal y el art. 325 del Código penal», *Revista Penal*, núm. 8 (2001), pp. 39-52.

[73](#)R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, edición electrónica sin paginar. En profundidad, E. BACIGALUPO ZAPATER, *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 45 y ss.

[74](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Protección penal del medioambiente en el nuevo Código penal español. Luces y sombras», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 19 (1996), p. 309. Sobre las remisiones en material de Derecho penal económico, del mismo autor, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 204-205. En este sentido, es consolidada la jurisprudencia al respecto desde que la STC núm. 127/1990, de 5 de julio, asentara los requisitos que deben contener las normas penales en blanco para que su constitucionalidad no sea cuestionada.

[75](#)Sobre el recurso a los delitos de peligro en este tipo de conductas, cfr. H. J. HIRSCH, «Delitos de peligro y Derecho penal moderno», en C. M. Romeo Casabona y F. G. Sánchez Lázaro (eds.), *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Granada, Comares, 2010, pp. 97-116.

[76](#)En profundidad, sobre esta figura, cfr. A. SILVA DÍAS, «¿Y si todos lo hiciéramos? Consideraciones acerca de la "(in)capacidad de resonancia" del Derecho penal con la figura de la acumulación», *ADPCP*, tomo LVI (2003), pp. 433 y ss.; y J. L. Fuentes Osorio, «Formas de anticipación de la tutela penal», *RECPC*, 08-08 (2006), pp. 25 y ss.

[77](#)Cfr. arts. 325 y 326 que castigan la realización de las acciones descritas cuando se realicen *por sí mismas o conjuntamente con otras*.

[78](#)En este sentido, S. CARNEVALI RODRÍGUEZ, «Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, núm. 1 (2000), p. 145.

[79](#)En este sentido, F. MUÑOZ CONDE, C. LÓPEZ PEREGRÍN y P. GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho penal medioambiental*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 251.

[80](#)Sobre el error de prohibición, cfr. J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 979.

[81](#)C. M. ROMEO CASABONA, «Aportaciones del principio de precaución al Derecho penal», *cit.*; B. MENDOZA BUERGO, «Principio de precaución, Derecho penal del riesgo y delitos de peligro», *cit.*; y S. ESCOBAR VÉLEZ, *La responsabilidad penal por productos defectuosos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 74 y ss.

[82](#)A. GALÁN MUÑOZ, «La problemática utilización del principio de precaución como referente de la política criminal del moderno derecho penal. ¿Hacia un derecho penal del miedo a lo desconocido o hacia uno realmente preventivo?...», *cit.*, p. 78.

[83](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español: luces y sombras», *Estudios Penales y Criminológicos*, 19 (1996), pp. 289 y ss.

[84](#)Véase un exhaustivo análisis del conflicto institucional y la sentencia del TJCE en J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Unión Europea, Derecho penal (ambiental) y Derecho comunitario», *Estudios de Derecho Judicial*, 75 (2005), pp. 79 y ss.; A. ESTRADA CUADRAS, «Vía libre al

Derecho penal europeo. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005», *InDret*, 2 (2006), pp. 5 y ss.; I. BLANCO CORDERO, «El Derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-05 (2004), pp. 05 y ss.

[85](#)Con anterioridad a la Directiva 2008/99/CE, véase a título de ejemplo J. BAUCCELLS LLADÓS, *Nuevas perspectivas de la política criminal europea en materia ambiental*, Barcelona, Atelier, 2007; J. M. PRATS CANUT, M. MARQUÈS I BANQUÉ, C. MORÁN MORA, *Derecho penal ambiental y Derecho Comunitario. La Directiva IPPC*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002; J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Unión Europea, Derecho penal (ambiental) y Derecho comunitario», *cit.*, pp. 84 y ss. En el contexto europeo, justo es recordar, como hace FAURE, el impulso dado a esta materia por Günter Heine i Albin Eser, durante los años 90 del s. XX, en el Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht (M. FAURE, «The revolution in environmental criminal law in Europe», *Virginia Environmental Law Journal*, 35:2 (2017), pp. 331 y ss.). Véase también: M. HEDERMANN-ROBINSON, «The emergence of European Union environmental criminal law: a quest for solid foundations», *Environmental Liability*, 16 (2008), pp. 71 y ss. (Part I) y pp. 111 y ss. (Part II).

[86](#)En cuyo amplio debate, cabe aquí recordar, también ha contribuido Juan Terradillos. Así, véase: J. M. TERRADILLOS, «La Constitución para Europa: un reto político-criminal», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 20 (2005), pp. 21 y ss.; J. M. TERRADILLOS, «La Constitución para Europa. Las bases del Derecho penal europeo?», *Estudios Penales y Criminológicos*, 25 (2004), 362 y ss.; J. M. TERRADILLOS, «Política y Derecho penal en Europa», *Revista Penal*, 3 (1999), pp. 61 y ss.

[87](#)En el contexto europeo, especialmente crítico antes y después de la Directiva: M. FAURE, «European Environmental Criminal Law: Do we really need it?», *European Energy and Environmental Law Review*, 13:1 (2004), pp. 18 y ss.; M. FAURE, «Criminal or administrative law to protect the environment? Evidence from Western Europe», *Journal of Environmental Law*, 24:2 (2012), pp. 253 y ss.

[88](#)G. HEINE, C. RINGELMANN, «Towards an European Environmental Criminal Law - Problems and recommendations», *Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs*, 44 (2005), p. 49.

[89](#)E. PIRJATANNIEMI, «Desperately seeking reason - New directions for European Environmental Criminal Law», *Scandinavian Studies in Law*, 54 (2009), pp. 413-414.

[90](#)Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre un enfoque de la UE acerca del Derecho penal, P7_TA (2012) 0208.

[91](#)EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE, «Manifiesto sobre la política criminal europea», (2009), disponible en [#sdfootnote92anc" _mce_href="#sdfootnote92anc" name="sdfootnote92sym"92M. FAURE, «The revolution in environmental criminal law in Europe», *cit.*, pp. 323 y ss.](#)

[93](#)Véase el enfoque económico en M. FAURE, «The revolution in environmental criminal law in Europe», *cit.*, pp. 338 y ss.; M. FAURE, K. SVATIKOVA, «Criminal or Administrative Law to protect the environment? Evidence from Western Europe», *Journal of Environmental Law*, 24:2 (2012), pp. 253 y ss.

[94](#)Véase un comentario a ambas reformas en E. HAVA GARCÍA, «La reforma de los delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente y la flora y fauna (arts. 325,327, 328, 329, 333, 334, 336 y 339)», en G. Quintero Olivares (dir.), *La reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2010, pp. 287 y ss.; E. HAVA GARCÍA, «Modificaciones en delitos ambientales», en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 655 y ss.; M. MARQUÈS I BANQUÉ, «Delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos», en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015, cit.* pp. 667 y ss.

[95](#) Sí puede, no obstante, hablarse de impacto indirecto. Aunque la reforma del art. 325 CP en 2015 se justificó por la necesidad de adaptación a la Directiva 2009/123/CE, lo cierto es que la redacción empleada a la hora de describir el resultado típico es fiel reflejo de la utilizada por la Directiva 2008/99/CE para distintos delitos.

[96](#) E. PIRJATANNIEMI, «Desperately seeking reason - New directions for European Environmental Criminal Law», *cit.*, pp. 414-415.

[97](#) Sobre esta cuestión, extensamente en M. MARQUÈS I BANQUÉ, «La aplicación del Derecho comunitario en la interpretación de los tipos penales. Especial referencia al delito ecológico», *Revista de Ciencias Penales*, 1:2 (1998), pp. 360 y ss.; PRATS CANUT, M. MARQUÈS I BANQUÉ, C. MORÁN MORA, *Derecho penal ambiental y Derecho Comunitario. La Directiva IPPC*, *cit.*, pp. 123 y ss.

[98](#) M. FAURE, «The revolution in environmental criminal law in Europe», *cit.*, pp. 346 y ss.; M. FAURE, «The implementation of the environmental crime Directives in Europe», en J. Gerardu, D. Grabiél, MR. Koparova, K. Markowitz y D. Zaelke (eds), *9th International Conference on Environmental Compliance and Enforcement*, Washington, INECE, 2011, pp. 360 y ss.

[99](#) H. E. ZEITLER, «Strengthening Environmental Protection through European Criminal Law», *Journal of European Environmental & Planning Law*, 4:3 (2007), p. 216.

[100](#) M. FAURE, «Vague notions in environmental criminal law (part 1)», *Environmental Liability*, 18:4 (2010), pp. 119 y ss.; M. FAURE, «Vague notions in environmental criminal law (part 2)», *Environmental Liability*, 18:5 (2010), pp. 163 y ss.

[101](#) E. GÓRRIZ ROYO, M. MARQUÈS I BANQUÉ, N. TORRES ROSELL, «Jurisprudencia general: Derecho penal (Primer semestre 2016)», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 7:1 (2016).

[102](#) Sentencia del TJCE, de 21 de septiembre de 1989, asunto 68/88.

[103](#) M. FAURE, «The implementation of the environmental crime Directives in Europe», *cit.*, p. 366. Del mismo autor, véase extensamente: M. FAURE, «Effective, proportional and dissuasive penalties in the implementation of the Environmental Crime and Shipsource Pollution Directives: Questions and Challenges», *European Energy and Environmental Law Review*, 19:6 (2010), pp. 256 y ss.

[104](#) J. ÖBERG, «Criminal sanctions in the field of EU Environmental Law», *New Journal of European Criminal Law*, 2:4, (2011), pp. 405 y ss.

[105](#) El mismo, pp. 421 y ss.

[106](#) El estudio, que lleva el título «Study on the implementation of Directive 2008/99/EC on the Protection of the Environment through Criminal Law», forma parte del proyecto coordinado por SEO/Birdlife para crear la «European Network against Environmental Crime (ENEC)», financiado por la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea. El estudio se cerró en diciembre de 2015. Con posterioridad, la Comisión Europea hizo públicos los llamados «Informes Milieu» sobre la implementación de la Directiva. Se trata de informes nacionales realizados por una consultora (aunque no para la totalidad de los Estados Miembros) que aportan más información que la recogida en los informes oficiales de cumplimiento remitidos a la Comisión Europea en 2012. Sin embargo, no se publicó un informe comparativo de síntesis.

[107](#) Véase, por todos, un análisis del artículo 83 TFUE en V. MITSILEGAS, «EU Criminal Law competence after Lisbon: From securitised to functional criminalisation», en D. Acosta Arcarazo y C. C. Murphy (eds.), *EU Security and Justice Law. After Lisbon and Stockholm*, Oxford y Portland, Hart, 2014, pp. 110 y ss.; M. MIGLIETTI, «The first exercise of Article 83(2) TFEU under review: an assessment of the essential need of introducing criminal sanctions», *New Journal of European Criminal Law*, 5:1 (2014), pp. 5 y ss.

[108](#)Así, por ejemplo, sobre la base del artículo 83.1 TFUE, véase la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Y sobre la base del artículo 83.2 TFUE, véase la Directiva 2017/1371/UE, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal.

[109](#)Los informes y materiales derivados del proyecto pueden consultarse en la página web del mismo: [#sdfootnote110anc" _mce_href="#sdfootnote110anc" name="sdfootnote110sym"110](#)Vid. TERRADILLOS, J., *Delitos societarios. El Derecho Penal en las Sociedades Mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*, Akal SA, Madrid, 1987, p. 62 y pp. 103 y ss.

[111](#)Vid. MILLER, J. G./ JUSTICE, C., «Organizational Liability for Environmental Crimes in Civil and Common law Systems» en *Compliance and Enforcement in Environmental law. Toward more Effective Implementation*, Massachusetts, 2011, pp. 171 y ss.

[112](#)Vid. PRESTON, B. J., «Principle Sentencing for Environmental Offences» en *Compliance and Enforcement in Environmental Law*, *op. cit.*, p. 313.

[113](#)Vid. *U.S. Sentencing Guidelines Manual* 8 Intro. (2005). Frente al criterio del Congreso que pretendía que dichas directrices tuvieran carácter obligatorio, el US Supreme Court en *U.S. v. Booker*, 125 S. Ct. 738 (2005), estableció que las mismas tuvieran carácter consultivo (*advisory*) y no obligatorio para los jueces.

[114](#)Vid. MILLER/ JUSTICE, «Organizational Liability for Environmental...» *op. cit.*, pp. 178 y 179.

[115](#)Vid. arts. 6 y 7 Directiva 2008/99/CE Parlamento Europeo y Consejo. Vid. DE LA MATA BARRANCO, N., «El cumplimiento por el legislador español del mandato de la Unión Europea de sancionar a las personas jurídicas» en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2013, pp. 198 a 201.

[116](#)Vid. Decreto Legislativo italiano 231/2001, de 8 junio; arts. 7 y 9 de la ley británica «Bribery Act» (2010) y la Ley de Chile, n° 20.393, de 2 de diciembre de 2009.

[117](#)Vid. SILVA SÁNCHEZ, J., «Deberes de vigilancia y compliance empresarial» en *Compliance y Teoría del Derecho penal* (Kuhlen, L./Pablo Montiel, P. Ortiz de Ubina, eds.) Madrid, 2013, p. 109.

[118](#)Vid. GÓMEZ TOMILLO, M., *Compliance penal y política legislativa*. Valencia, 2016, p. 81.

[119](#)Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Responsabilidad penal de personas jurídicas» en *Comentarios a la Reforma del CP de 2015*, 2ª ed., Valencia, 2015, pp. 160 y ss.

[120](#)Vid. DE LA MATA BARRANCO, «Armonización europea y previsión de responsabilidad de las personas jurídicas en el Código penal español» en *Revista Penal*, n° 33, enero 2014, pp. 51 a 55.

[121](#)Sobre todo sirven para medir las obligaciones de las personas físicas con mayores responsabilidades en la empresa (art. 31 bis) 1.a) CP); así como comprobar que la estructura de la misma se ordena conforme a criterios eficaces y respetuosos con la legalidad vigente (art. 31.1 b) CP).

[122](#)Vid. art. 7 de la Directiva 2008/99/CE.

[123](#)Vid. GÓRRIZ ROYO, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, Valencia, 2015, pp. 329 a 344.

[124](#)Vid. apartado a) art. 327 CP. Para el resto de casos (apartado b), se preveía multa de uno a tres años

[125](#)El apartado b) del art. 328.6 CP castigaba el resto de los casos, con multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del perjuicio causado si la cantidad resultante fuese más elevada.

[126](#)Vid. GÓRRIZ ROYO, «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, (arts. 325, 326, 326 bis), 327 y 328 CP)», *Comentarios a la Reforma del Código penal*. 2ª ed., Valencia, 2015, pp. 1007-1050.

[127](#)Cabía ubicar la cláusula sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las Disposiciones Comunes del Capítulo V, para aplicarla a todos los delitos del Tit. XVI.

[128](#)En todo caso para los delitos del art. 325 CP. Vid. MARQUÉS I BANQUÉ, M., «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente» en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al Código penal Español*, tomo II, 7ª ed., 2016, p. 829.

[129](#)Las multas proporcionales se refieren al *perjuicio causado* al medio ambiente lo que contrasta con la referencia al *beneficio obtenido* por el delito del art. 319.4 CP.

[130](#)Vid. GÓMEZ TOMILLO, en *Compliance penal...op. cit.*, p. 82.

[131](#)La exclusión de las prevaricaciones ambientales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, sería además coherente con la de las prevaricaciones del art. 320 CP.

[132](#)Estos inconvenientes sugieren que convendría sopesar si pueden desarrollar eficacia preventiva los llamados *Public corporate compliance program* en las Administraciones con competencias ambientales.

[133](#)Vid. DE LA MATA BARRANCO, N., en *Memento Experto Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015, (pp. 189 a 238) marginales 1420 a 1422.

[134](#)Dado que los delitos del art. 329 CP (apdo. 1º y 2º) exigen la prueba de su comisión «a sabiendas». Vid. GÓRRIZ ROYO, «Prevaricaciones ambientales: función inspectora, omisión e informes favorables a tenor del art. 329 CP apdo. 1º» *RGDP*, 2014, nº 22, p. 13.

[135](#)Vid. WOLF, B., *Organized Environmental Crime*, NY, 2009, pp. 48 y ss.

[136](#)Vid. CLIFFORD, M., en *Environmental Crime. Enforcement, Policy and Social Responsibility*, Maryland, 1998, pp. 6 a 15.

[137](#)Vid. BURNS, R. G./LYNCH, M., *Environmental Crime. A Sourcebook*, NY, 2004, pp. 16 a 18.

[138](#)Vid. DOREMUS, H., «Environmental Enforcement» en *Environmental Policy Law: problems, cases and readings*, 6th. Ed., Foundation Press, 2012, p. 4 (capítulo 12). Vid. SHEA, E., *Environmental Law and Compliance Methods*, NY, 2002, *passim*.

[139](#)Vid. DOREMUS, H., en «Environmental Enforcement», pp. 3 a 5 (cap. 12).

[140](#)Vid. NIETO MARTÍN, A., «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en Derecho penal» en *Compliance y Teoría del Derecho penal*, *op. cit.*, Madrid, 2013, p. 27.

[141](#)Respecto a la reforma de LO 5/2010, *vid.* MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PEREGRÍN/GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho penal ambiental*, Valencia, 2013. p. 281. Vid. GÓRRIZ ROYO, *Delitos contra los recursos...*, *op. cit.*, pp. 334 y ss.

[142](#)Se prescindirá del análisis de otros requisitos del art. 31 bis).5 CP, relativos al *compliance officer*, a los códigos éticos, a los protocolos para formar la voluntad o a los modelos de gestión financiera.

[143](#)Vid. la Circular FGE 1/2016 (pp. 40-41).

[144](#)Compárense las medidas preventivas del art. 31 bis) 2,1ª CP y las del art. 31 bis) 4º CP. Vid. Circular de la FGE 1/2016, p. 41.

[145](#)Con respecto al resto de requisitos *vide* apartados 2º a 6º del art. 31 bis 5 CP.

[146](#)Vid. KUHLEN, L., en «Cuestiones fundamentales: compliance y Derecho penal» En *Compliance y teoría del derecho...*, *op. cit.*, p. 51.

[147](#)Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Responsabilidad penal ...», *op. cit.*, p. 196.

[148](#)Vid. Circular FGE 1/2016 (p. 43).

[149](#)También un *compliance ambiental* ha de ser claro, preciso y redactado por escrito. Vid. Circular FGE 1/2016, p. 43.

[150](#)Vid. DE LA MATA BARRANCO, N./BILBAO LORENTE, M./ALGORTA BORDA, M., «La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo» en *La Ley Penal*, nº 87, 2011 pp. 5 a 19.

[151](#)Vid. NIETO MARTÍN, A., en «Código ético, evaluación de riesgos y formación» en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, (dir. Nieto Martín, A.), Valencia, 2015, pp. 152, 161 y 162.

[152](#)Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Responsabilidad penal...», *op. cit.*, p. 198.

[153](#)Por ejemplo, además de licencias de actividad o permisos de apertura habrá que verificar si una empresa que evacúa líquidos a un acuífero, posee la correspondiente autorización de vertidos.

[154](#)Vid. PIÑA ROCHEFORT, J. *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, Chile, 2012, pp. 40 a 46.

[155](#)Vid. NIETO MARTÍN, «Código ético...», *op. cit.*, p. 153.

[156](#)Vid. GÓRRIZ ROYO, *Delitos contra los recursos...*, *op. cit.*, pp. 70 y ss.; 298 y ss.; 309 a 317; 412 y ss.

[157](#)Respecto a los administradores y organizadores a los que alude el art. 31 bis) 1 a) CP, ha de probarse un incumplimiento «grave» de sus deberes de supervisión, vigilancia y control para, asimismo, poder probar el hecho de conexión de los subordinados, «atendidas las concretas circunstancias del caso» (art. 31 bis) 1 b) CP). Ello dejaría fuera del ámbito penal, incumplimientos de escasa entidad.

[158](#)Esta sentencia recoge una de las primeras condenas a una persona jurídica, que trae causa en la condena a la persona física que la regentaba, por la comisión de un delito de contaminación acústica del art. 325.1 in fine CP (con las agravantes del art. 326 b) y d).

[159](#)Vid. NIETO MARTÍN, «Código ético...», *op. cit.*, p. 156.

ÍNDICE:

I. ESTUDIOS DE PARTE GENERAL

1. La investigación en Derecho penal

Investigar en derecho penal: las enseñanzas de un Maestro

Esther Hava García

Hacia una dogmática jurídico penal como sistema abierto

María José Rodríguez Mesa

Contexto, interdisciplinariedad y dogmática penal

Diana Patricia Arias Holguín

La implantación de los estudios oficiales de criminología en España

José Luis Díez-Ripollés

Derecho Penal y Psiquiatría. De cómo una psiquiatra se aventuró por el mundo penal y criminológico siguiendo al Prof. Terradillos

Julia Cano Valero

Diversidad cultural y Derecho penal

Guillermo Portilla Contreras

Reformas penales y gobernar a través del delito: el caso peruano

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Bienes jurídicos, valores y derechos: satisfacción de necesidades y lucha por el reconocimiento

Mercedes Alonso Álamo

Derecho penal y utopía garantista: una visión latinoamericana

Juan Oberto Sotomayor Acosta

Notas básicas sobre la autoría a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP español): Autoría y significado específico del hecho

Carlos Martínez-Buján Pérez

Sobre la interpretación en Derecho Penal

Iván Meini

2. Evolución histórica de la Ciencia del Derecho penal

Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura

Francisco Muñoz Conde

Metamorfosis del Derecho penal del Estado de Derecho

Eduardo Demetrio Crespo

La Ilustración hispana frente al encierro punitivo: la obra de Lardizábal en su discípulo Joseph

Marcos Gutiérrez

Alejandro W. Slokar

1917: La Constitución del Estado social y democrático de derecho en México

Luis Arroyo Zapatero

3. Constitución y ley penal: la imposible convergencia

Exigencias normativas de legitimidad en la ley penal. Constitución y teoría de la legislación penal

Gloria González Agudelo

Los tipos de omisión impropia y el principio de legalidad estricta

Luis Fernando Niño

4. Política y Derecho penal en Europa

¿El Brexit es un reto para la política criminal de la Unión Europea?

María Acale Sánchez

El proceso de integración penal europea

José Luis de la Cuesta Arzamendi

Cultura política de la UE y racionalidades penales nacionales: Reflexiones sobre la penalidad migratoria

José Ángel Brandariz García

El paradigma de la privación de libertad de solicitantes de protección internacional en Europa: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. el Derecho de la Unión Europea

Esther Pomares Cintas

Abusos de mercado y Derecho penal: España e Italia frente al impulso europeo

Adán Nieto Martín

Luigi Foffani

5. Peligrosidad social y Estado de Derecho

A vueltas con el Derecho penal de la peligrosidad

Rafael Rebollo Vargas

Los disfraces de la peligrosidad (la pena del delito común contra la propiedad)

Raúl Zaffaroni

Los «anormales» y su discriminación penal

Nicolás García Rivas

6. Consecuencias jurídicas del delito

¿Penas o medidas?: del garantismo a la confusión

Mercedes García Arán

El castigo de la delincuencia económica y el riesgo de derecho penal de autor

Gonzalo Quintero Olivares

Nuevas tendencias penológicas: hacia la penología del control

Borja Mapelli Caffarena

La prisión permanente revisable: crónica de una derogación anunciada

María del Mar Martín Aragón

7. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

El órgano de cumplimiento en la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: indefiniciones y precisiones

Norberto J. de la Mata Barranco

La conveniencia de la responsabilidad penal de los partidos políticos

Joan Baucells Lladós

Sobre las inconcebibles naturaleza y función penales y sancionatorias de las erróneamente denominadas «penas», medidas de seguridad «penales» u otra especie de sanciones «penales» aplicables a personas jurídicas

Luis Gracia Martín

8. Justicia penal de transición, impunidad y memoria

Ley de Amnistía. Cuarenta años después

Araceli Manjón-Cabeza Olmeda

II. ESTUDIOS DE PARTE ESPECIAL

1. El Derecho penal de la Globalización

Violencia e impunidad: Examen al Estado

Arturo Ventura Püschel

Francisco Javier Álvarez García

La violencia como elemento del delito de rebelión

Miriam Cugat Mauri

Delimitación de las modalidades de conducta en el delito de atentado: el significado de agredir, acometer y oponer resistencia

María del Mar Carrasco Andrino

Francisco Javier Álvarez García

Actualizar la prohibición del genocidio y las masacres

Ramón Sáez Valcárcel

Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de Derechos Humanos en el marco del Derecho penal internacional

Ana Isabel Pérez Cepeda

Derecho penal y exclusión social. El «top manta» en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial

Margarita Martínez Escamilla

La protección penal del crédito después de la crisis económica

Hernán Hormazábal Malarée

La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis. Análisis jurisprudencial

Juan Muñoz Sánchez

Regulación del cannabis: aportes político-criminales para la construcción de alternativas al modelo prohibicionista de control de las drogas

Diego Silva Forné

2. Corrupción

Corrupción pública en Latinoamérica

Fabián Luis Riquert

Crimen organizado, corrupción y responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú

José Ugaz S. M.

El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la Administración

pública y por soborno transnacional en el debate parlamentario argentino de 2017

Carlos Julio Lascano

Delito de «cohecho electoral»

Lorenzo Morillas Cueva

«Rendición de cuentas y transparencia» como instrumentos de lucha contra la corrupción de los partidos políticos

M^a José Rodríguez Puerta

3. Derecho penal económico y de la empresa

La protección penal del consumidor digital

Luis Ramón Ruiz Rodríguez

El fantasma del administrador de hecho y otras cuestiones fundamentales en los delitos societarios

José Manuel Ríos Corbacho

Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal colombiano

Fernando Velásquez Velásquez

Valoración de la vigente tutela penal de la propiedad intelectual tras la reforma del Código de 2015

Luis Rodríguez Moro

La vigencia de la categoría delito de cuello blanco cuando los delitos socioeconómicos se comenten en contextos normalizados

Laura Zúñiga Rodríguez

Estafa y fraude de subvenciones: una revisión de sus relaciones concursales

M^a del Carmen Gómez Rivero

¿Nueva alternativa a la pena en materia penal tributaria y previsional en Argentina?

Marcelo A. Riquert

Delito de defraudación tributaria y blanqueo de capitales. Reflexiones en supuestos de regularización tributaria con efectos penales

Fermín Morales Prats

El paralelismo procedimental en la persecución del delito de defraudación tributaria

Juan Carlos Ferré Olivé

4. Delitos patrimoniales

A vuelta con el principio de proporcionalidad, de «non bis in idem» y la multirreincidencia en el delito de hurto: Análisis de la STS 481/2017, de 28 de junio

Carmen Salinero Alonso

5. Derecho penal del trabajo

Contextualizando el «Derecho Penal del Trabajo»

Antonio Baylos Grau

El empresario, principal sujeto obligado a garantizar un medio de trabajo seguro y saludable

Joaquín Aparicio Tovar

¿Existió alguna vez un verdadero Derecho penal del trabajo?

Manuel Jesús Dolz Lago

Derecho penal del trabajo en Colombia

Alfonso Cadavid Quintero

Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa?

Eduardo Ramón Ribas

Pesca ilegal y contratación de trabajadores extranjeros: la Sentencia Varepi

Inma Valeije Álvarez

Proxenetismo lucrativo: ¿una modalidad diferente de explotación laboral?

Beatriz Cruz Márquez

A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?

Ignacio F. Benítez Ortúzar

El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo

Fernando Navarro Cardoso

¡Se acabaron las mayorías absolutas parlamentarias! Una crónica política hacia la descriminalización del ejercicio del derecho de huelga

Rosario de Vicente Martínez

La conducta típica del delito de coacciones a la huelga (art. 315.3 CP)

Bárbara San Millán Fernández

La técnica de tipificación y su relación con la aplicación de los delitos que protegen la vida y la salud de los trabajadores

Cristina Méndez Rodríguez

Disfunciones del sistema judicial en el ámbito penal de la siniestralidad laboral

María Revelles Carrasco

La siniestralidad laboral como delito: consecuencias aplicativas

Rosa M. Gallardo García

Siniestralidad laboral y responsabilidad penal por delitos contra la vida o la salud cometidos en comisión por omisión imprudente en el ámbito empresarial

Carmen López Peregrín

La incidencia de la «nueva» imprudencia menos grave en la siniestralidad laboral

M^a José Cuenca García

6. El delito de inmigración ilegal y la trata de personas

El CP español como paradigma del Derecho de la «crimigración»

Diego Boza Martínez

Reconocimiento del derecho de asilo en España a mujeres víctimas de violencia de género

María del Rosario Gómez López

Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres humanos

María Luisa Maqueda Abreu

7. Protección penal del medio ambiente: luces y sombras

La red para la protección ambiental en el Código penal tras la reforma de 2015: los resultados típicos

Paz M. de la Cuesta Aguado

El medio ambiente y la necesidad de coordinación policial como medio de investigación

Antonio Vercher Noguera

Incertidumbre científica y certeza jurídica. La plasmación del Principio --medioambiental-- de precaución en Derecho penal

Mariana N. Solari Merlo

Protección penal del medio ambiente en la Unión Europea. Luces y sombras

Maria Marquès i Banqué

Compliance ambiental: aspectos esenciales, a la luz de la reforma penal de LO 1/2015, de 30 de marzo

Elena M. Górriz Royo

8. Ideología y valores religiosos en el Código Penal

Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados

Patricia Laurenzo Copello

9. Terrorismo y Derecho

El terrorismo global yihadista: ¿Límites a un derecho penal exagerado?

Juan Carlos Campo Moreno

Reflexiones sobre el terrorismo: del terrorismo nacional al terrorismo global

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

La dimensión política del terrorismo

Carmen Lamarca Pérez

Terrorismo: entre el derecho penal y la seguridad nacional

Antonio M. Díaz Fernández

Contraterrorismo

José L. González Cussac

Inteligencia y contrainteligencia en Chile. El monopolio de la violencia estatal frente al terrorismo y

sus distorsiones

Myrna Villegas Díaz

Cristian Parada Bustamante

Reflexiones actuales sobre la lucha contra el terrorismo

Miguel Ángel Núñez Paz

Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal

María Luisa Cuerda Arnau

Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»

Juan Carlos Carbonell Mateu

Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos «Cesar Strawberry» y «Cassandra Vera»

Fernando Miró Llinares

De la prevención del blanqueo de capitales a la de la financiación del terrorismo

Patricia Faraldo Cabana

III. ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL

La reparación de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el Derecho Penal

Octavio García Pérez

Sobre los altos tribunales y la «mística» de la intermediación

Perfecto Andrés Ibáñez

Audiencias tempranas y justicia restaurativa en el campo penal juvenil en Costa Rica

Álvaro Burgos

Documento TOL6.932.375

Doctrina

Título: LIBER AMICORUM. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco

Autores: [Patricia Laurenzo Copello](#)

Fecha: 11/2018

Número epígrafe: 16

Título epígrafe: Capítulo 16. Ideología y valores religiosos en el Código Penal

TEXTO:

8. Ideología y valores religiosos en el Código Penal

Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados *

Patricia Laurenzo Copello

Catedrática de Derecho Penal

Universidad de Málaga

I. UN ASUNTO ESPINOSO: LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS COMO OBJETO DE TUTELA PENAL

«Como principio general, no parece aconsejable someter al sistema penal al reto de tutelar estados colectivos de ánimo» ¹-. Con su acostumbrada precisión, Juan Terradillos nos alerta así sobre los inconvenientes de erigir a los «sentimientos religiosos» en objeto de protección penal, tal como parece derivarse de los delitos de profanación y escarnio recogidos en los arts. 524 y 525 del Código penal español. Y razones no le faltan: ante todo, por la dificultad para subsumir algo tan difuso como los estados emocionales dentro del concepto de bien jurídico; también por el alto riesgo de que el juzgador proyecte sus propios códigos morales en la valoración de la ofensa ²-.; pero, sobre todo, porque la referencia en bloque a los sentimientos religiosos puede hacer pensar que el objeto de protección penal son las confesiones religiosas en sí mismas, sus dogmas y creencias, tal como sucedió durante el largo período de predominio católico en el Derecho histórico español. Una opción político criminal que en general se considera incompatible con el carácter aconfesional del Estado consagrado en el art. 16 de la Constitución, del que no solo se deriva la (obvia) prohibición de utilizar la pena estatal para proteger una confesión religiosa en particular sino que apunta, de modo mucho más amplio, a la total neutralidad del Estado, de modo tal que debe permanecer «imparcial ante y entre quienes profesan y practican esta o aquella religión y quienes no profesan ni practican ninguna, incluso si su creencia les lleva a criticar a las religiones como no valiosas» ³-. De ahí que Terradillos concluya que en un Estado laico y democrático la tutela de las convicciones en materia religiosa no ha de enfocarse como un problema asociado al orden político-constitucional sino dentro del marco tuitivo de los derechos individuales, en particular, como parte de la protección de la libertad de conciencia en su vertiente de libertad religiosa (art. 16 CE) ⁴-. De modo tal que se asegure a todas las personas la libertad para expresar sus convicciones y practicar sus ritos (o no practicar ninguno) sin censura, coacción ni violencia.

Esta postura entronca con el pensamiento liberal contemporáneo de occidente, que rechaza cualquier tipo de tutela estatal de las religiones y sitúa la libertad religiosa en un plano estrictamente individual, como el derecho de todas las personas a adoptar libremente las decisiones que deseen en materia de creencias (sea o no profesar una religión) y a expresar esas convicciones, individual o colectivamente, sin interferencias de terceros ni de la sociedad ⁵-. Es la misma idea que está presente en el art. 9.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando consagra la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión afirmando que «este derecho implica la libertad de cambiar

de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos». Esta perspectiva, derivada también de la tradición occidental en la construcción de los derechos humanos como ordenamiento protector de individuos y no de ideas o filosofías ⁶-, parece orientarnos a un sistema penal que debería mantener la neutralidad respecto a todas las religiones y al factor religioso en general, concentrando su poder tuitivo en asegurar a cada ciudadano/a un ámbito adecuado para expresar y ejercer libremente sus opciones en materia religiosa, solo o en conjunto con otros, dentro de una religión o fuera de ella, adoptando un sentimiento gregario o una visión crítica. En suma, la libertad religiosa entendida en el sentido de «dejar hacer» y no como un derecho promocional ⁷- que obligue al Estado a tomar algún tipo de medida para proteger a las confesiones religiosas en sí mismas.

Ahora bien, como es sabido, el principio de neutralidad estatal sólo permite garantizar la libertad plena de todos los ciudadanos si se aplica en un escenario de igualdad real, lo que en el caso del factor religioso exigiría un ambiente comunitario de respeto hacia todas las religiones, sea cual fuere su arraigo y grado de seguimiento social. Pero lo cierto es que ese idílico pluralismo ideológico-religioso está muy lejos de ser una realidad en el convulso mundo de nuestros días. De ahí que el principio liberal de tutela puramente individual de la libertad religiosa comenzara a resquebrajarse a raíz de la fuerte corriente de islamofobia que invadió todo el mundo occidental después de los atentados del 11 de septiembre de 2001. La propagación pública de estereotipos negativos sobre los musulmanes, la vinculación indisimulada del Islam con el terrorismo --incluso desde las instituciones públicas-- y el éxito electoral de partidos políticos racistas que atribuyen a los musulmanes muchos de los males de occidente suscitaron la reacción de la poderosa Organización de la Conferencia Islámica que, con el apoyo de los países no alineados, puso sobre la mesa de los foros internacionales el problema de la «difamación de las religiones», con el consecuente replanteamiento del papel de los Estados frente a la cuestión religiosa.

EL CONTEXTO INTERNACIONAL: LA DIFAMACIÓN DE LAS RELIGIONES COMO FORMA DE DISCRIMINACIÓN

El 30 de septiembre de 2005 el periódico danés *Jyllands-Posten* publicó una serie de caricaturas en las que se representaba al profeta Mahoma de forma satírica, incluida una viñeta en la que aparecía tocado con un turbante bomba. La publicación, considerada blasfema por buena parte del mundo islámico, dio lugar a diversas protestas diplomáticas que solo recibieron como respuesta del gobierno danés su reafirmación del compromiso con la libertad de expresión así como una oleada de solidaridad en los medios de prensa europeos y norteamericanos que reprodujeron una y otra vez las polémicas viñetas. Todo ello desencadenó graves episodios de violencia contra intereses europeos en los países musulmanes y un tenso conflicto diplomático que obligó a intervenir incluso al Secretario General de Naciones Unidas y otros dirigentes internacionales llamando a hacer un uso responsable de la libertad de expresión y a evitar las provocaciones manifiestas contra determinadas religiones ⁸-. Varios Relatores Especiales de Naciones Unidas emitieron informes preocupantes llamando la atención sobre el aumento de los estereotipos negativos hacia los fieles de determinadas religiones y el consiguiente resurgir de formas históricas de discriminación, advirtiendo que «el hecho de insultar religiones, creencias profundamente arraigadas e identidades étnicas mediante el uso de estereotipos y de etiquetas no favorece la creación de un entorno propicio a un diálogo constructivo y pacífico entre las distintas comunidades» ⁹-.

Este clima extremo de desencuentro, en el que era cada vez más evidente el empeño de la prensa por reafirmar el predominio de la libertad de expresión aún a costa de profundizar la herida del mundo islámico, propició que en la primera década del nuevo milenio se sucedieran una serie de pronunciamientos de organismos internacionales haciéndose eco de las denuncias de la Conferencia Islámica sobre los riesgos asociados a la campaña de «difamación de las religiones» que se extendía por occidente. De esta manera, un concepto siempre polémico por su histórica vinculación con el denostado delito de blasfemia --asociado a la tutela de las religiones *per se*--, consiguió renovada aceptación internacional debido a la relación que se estableció entre los ataques a los dogmas de una determinada religión --el Islam-- y la discriminación de las minorías musulmanas residentes en Europa y otros países occidentales. Muy clara es en este sentido la Resolución 7/19 del Consejo de Derechos Humanos, de 27 de marzo de 2008 ¹⁰-, donde se advierte que «la difamación de las religiones se convierte en un factor agravante que contribuye a la denegación de los derechos y las

libertades fundamentales de los grupos tomados como objetivo, así como a su exclusión económica y social». Este vínculo directo entre difamación de las religiones y discriminación abría las puertas a la posibilidad de establecer límites a la difusión pública de ideas o doctrinas que ridiculicen o se mofen de determinados principios religiosos o de quienes los practican. La clave de este planteamiento se encuentra en la idea de que determinadas manifestaciones públicas que toman como diana los dogmas de una religión pueden constituir incitación al odio racial o religioso, rebasando de este modo los límites legítimos de la libertad de expresión. Así lo expresa la mencionada Resolución cuando exige a los Estados «que libren una lucha sistemática contra la incitación al odio racial y religioso, mediante un equilibrio ponderado entre la defensa del laicismo y el respeto de la libertad de religión...», al tiempo que les insta «a tomar medidas para prohibir la difusión, incluso por conducto de instituciones y organizaciones políticas, de ideas y documentación racista y xenófoba que estén dirigidas contra cualquier religión o contra sus seguidores y que constituya incitación al odio, la hostilidad o la violencia raciales o religiosos».

Pero el protagonismo internacional de «la lucha contra la difamación de las religiones» duró poco. Porque los países occidentales (en particular los europeos) interpretaron estos movimientos como una táctica del mundo islámico para cambiar radicalmente la concepción liberal del derecho a la libertad religiosa y sustituirla por una defensa global de las religiones, con el consiguiente peligro para la libertad de expresión ¹¹. Se sostuvo, en efecto, que al situar el objeto de tutela en las propias confesiones religiosas quedaba abierto el camino para identificar cualquier crítica a sus dogmas y ritos con incitación al odio o la hostilidad ¹², al tiempo que permitía justificar delitos como la blasfemia o el crimen de apostasía para reprimir a las minorías religiosas. También recibió fuertes críticas el intento de establecer un vínculo intrínseco entre difamación de las religiones y racismo porque al presentarse la religión como un factor identitario inamovible --consustancial a la procedencia étnica de cada persona-- se elimina el «derecho a cambiar de religión» propio de la concepción liberal de la libertad de conciencia ¹³.

Una mirada superficial sobre este tenso debate en el ámbito internacional podría llevar a pensar en el triunfo sin reservas del principio occidental de supremacía absoluta de la libertad de expresión aún a costa de la difamación de las religiones. Sin embargo, basta una revisión somera de los documentos internacionales de los últimos años para comprobar que la crisis de las viñetas puso al descubierto un problema que hasta entonces había sido totalmente ignorado en los países hegemónicos: que en un contexto social donde determinadas minorías se encuentran en situación de marginación o subordinación social, los discursos cargados de estereotipos negativos y despectivos hacia sus creencias religiosas --y aún más si se vinculan con inseguridad y terrorismo-- pueden dar lugar a actos de discriminación, hostilidad e incluso violencia contra sus miembros. Por eso, aunque ciertamente la idea de difamación de las religiones fue derrotada en el debate internacional, en su lugar se impuso un nuevo criterio llamado a modular de forma significativa el espacio de la libertad de expresión: la necesidad de evitar y controlar el llamado «discurso del odio religioso».

En resumen, tres son los criterios político-criminales que caracterizan la posición internacional sobre gestión de los sentimientos religiosos en esta segunda década del siglo XXI: (1) los dogmas, creencias y ritos de las confesiones religiosas no pueden ser objeto directo de tutela penal porque un Estado democrático ha de permanecer neutral frente al factor religioso para garantizar la plena libertad de conciencias a todas las personas; (2) como principio general, no es legítimo prohibir directa o indirectamente las manifestaciones críticas hacia una religión --sea en forma de discurso, obra de arte o acto de protesta--, por muy cáusticas e incluso ofensivas que estas sean, porque pertenece a la esencia misma de la democracia garantizar el debate público de todas las ideas, cualquiera sea su grado de aceptación social; (3) pero un Estado democrático tampoco puede admitir que se utilice la crítica religiosa para denigrar y estigmatizar a determinados grupos sociales con el objetivo de incitar a la violencia, la hostilidad o el «odio» hacia ellos. De esta manera, el punto de mira se traslada de la siempre polémica idea de difamación de las religiones al no menos confuso escenario de los delitos de odio.

III. ATAQUE A LAS CREENCIAS RELIGIOSAS Y DELITOS DE ODIO

Si algo puso de manifiesto la crisis de las viñetas es la facilidad con que la difamación y el desprecio hacia ciertas convicciones religiosas puede ser parte de una estrategia de exclusión de los colectivos que las practican. Esto sucede cuando determinadas religiones se estigmatizan por resultar extrañas a los valores sobre los que se construye el prototipo de ciudadano/a occidental o por representar una amenaza para el modelo social hegemónico, como pasa desde hace varias décadas con el Islam al

vincularlo con la inmigración, la «invasión» de Europa y el terrorismo. Por eso no es de extrañar que la difamación de las religiones se haya relacionado con los delitos de odio, una categoría en la que habitualmente se incluye una multiplicidad de comportamientos agresivos o violentos --o que incitan a la violencia-- basados en el rechazo frontal o el menosprecio hacia un colectivo señalado por alguna característica identitaria que se considera indeseable o peligrosa para el bienestar y la estabilidad de la sociedad ¹⁴ —.

Desde sus orígenes, y en todo el proceso de construcción internacional, la categoría de delitos de odio --incluidas las distintas formas de «discurso de odio»-- aparece relacionada con la lucha contra el racismo, la xenofobia, la transfobia y otras formas de discriminación, orientándose así a la protección de colectivos que se encuentran expuestos de modo especialmente significativo a sufrir actos de menosprecio, humillación o vejación sin otro motivo que su raza, etnia, nacionalidad, orientación sexual, religión u otras circunstancias semejantes que los distinguen del modelo social dominante. Esa vertiente tuitiva, claramente centrada en la protección de las minorías, se percibe ya en el art. 4 de la *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* (1965) cuando establece que los Estados partes «declararán como acto punible...toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico». Y recientemente lo reconoció de forma expresa la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) en su Recomendación General nº 15 al recordar que «la obligación conforme al derecho internacional de tipificar determinadas formas de discurso de odio, aun siendo de aplicación general, se estableció para proteger a los colectivos vulnerables...» ¹⁵ —. También en la doctrina se ha destacado que el discurso de odio es un «discurso discriminador» ¹⁶ — o, como dice de Pablo citando a Waldron, «el pasado histórico discriminatorio forma un *background* que revive una y otra vez con el discurso del odio, y que trae a la mente de las minorías victimizadas y al recuerdo de la sociedad los peores pasajes de la humanidad» ¹⁷ —. Por lo que se refiere específicamente al tema religioso, el *Comité para la eliminación de la discriminación racial* recuerda en su Recomendación General nº 35 que el discurso de odio se dirige generalmente «contra las personas pertenecientes a determinados grupos étnicos que profesan o practican una religión distinta de la mayoría, por ejemplo las expresiones de islamofobia, antisemitismo y otras formas de manifestación de odio similares contra grupos etnoreligiosos» ¹⁸ —.

Por lo tanto, la esencia de los delitos de odio, su carácter diferencial, no está en un sentimiento perverso sin más, en un estado anímico de aversión hacia un grupo cualquiera de personas. Lo que les da sentido como categoría jurídica y permite justificar la intervención penal --o, en su caso, la agravación de la respuesta punitiva-- son las características del grupo social al que se dirige la conducta, el hecho de que se trate de colectivos que por algún elemento identitario tienen un déficit de reconocimiento que debilita sus posibilidades de ejercicio pleno de los derechos fundamentales. Esta situación de vulnerabilidad de partida --generada por una sociedad que los marca con el estigma de la «diferencia»-- es la que concede gravedad a los ataques hacia esos grupos o hacia sus integrantes. Ante todo, porque atentan directamente contra la dignidad de las víctimas, al plasmar estereotipos y prejuicios que ahondan en el menosprecio de sus señas de identidad --etnia, nacionalidad, creencias religiosas, etc.--; pero, además, por su efecto amenazante sobre todo el colectivo, que ve reducidas sus expectativas de seguridad (como sucede con los discursos racistas o xenófobos que incitan a la violencia) o directamente cercenado el ejercicio de un derecho fundamental (por ejemplo, cuando se quema un local que cumple las funciones de mezquita o se despiden a una mujer de su centro de trabajo por usar el velo islámico). La esencia de los delitos de odio se encuentra, pues, en el rechazo hacia el diferente, hacia esos «otros» cuya construcción cultural tan bien describe Sophie Bessis ¹⁹ —. Y también aquí reside la razón de su tipificación penal, sea como delitos específicos --así, la incitación al odio del art. 510 CP-- o en la forma de circunstancia agravante aplicable a cualquier infracción penal que suponga un acto de menosprecio hacia un colectivo discriminado, como se recoge en el art. 22.4ª CP. Lo que justifica estas figuras es la necesidad de protección reforzada de ciertos grupos que, por la minusvaloración social de alguna circunstancia que les distingue del modelo normativo aceptado, están especialmente expuestos a sufrir violencia u otros actos de discriminación.

El problema es que no pocas veces los objetivos razonables pierden su sensatez cuando son

manipulados por quienes tienen el poder de definir espacios y asignar significados, tanto en el plano político como en el judicial. Y ese riesgo se multiplica si se parte de un concepto que por sí mismo llama a la confusión, como sucede con el término «delitos de odio». Pero el éxito internacional de esta denominación es de tal magnitud que resulta inútil resistirse a su uso ²⁰. Más importante es reservar las fuerzas para denunciar su apropiación por quienes ostentan el poder y hacen un uso torticero de esta categoría para reprimir la crítica política o las legítimas manifestaciones de descontento social o de protesta. No es casual que en la ya citada Recomendación General nº 15, la ECRI inste a los Estados a tomar medidas para asegurar que la persecución penal del discurso de odio «no se emplee para reprimir la crítica a las políticas oficiales, la oposición política o las creencias religiosas» ²¹; o que el *Comité para la eliminación de la discriminación racial* subraye que «las medidas encaminadas a vigilar y combatir el discurso racista no deben emplearse como pretexto para restringir las expresiones de protesta contra la injusticia, ni las de descontento social o de oposición» ²².

Y esto sucede si a la hora de aplicar unos delitos concebidos para proteger a las minorías se prescinde de la base objetiva que les da sentido --el trasfondo discriminatorio-- y se atiende únicamente al componente anímico de la conducta, al sentimiento de aversión que refleja la palabra «odio». Esa visión descontextualizada y puramente subjetiva puede llevar a que se califique como delito de odio --con la carga de reprobación que ello implica-- prácticamente cualquier expresión pública de rechazo frontal o de crítica cáustica u ofensiva hacia un grupo social cualquiera, incluidas las instituciones con mayor arraigo y aprecio comunitario, como de hecho está sucediendo en España con los intentos reiterados de ciertos sectores políticos de poner la etiqueta de conductas de odio a los actos de hostilidad o violencia contra la guardia civil, la policía nacional o los propios gobernantes. Una peligrosa tendencia expansiva de la que no se han librado las expresiones satíricas y las críticas más radicales hacia la religión mayoritaria, que a fuerza de interpretarse como conductas de odio están dando nueva vida a los olvidados delitos de profanación y escarnio.

IV. EL RESURGIR DE LOS DELITOS CONTRA LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS

Los delitos contra los sentimientos religiosos surgieron históricamente con el fin específico --y único-- de asegurar la indemnidad de la religión católica en su carácter de confesión oficial del Estado. Por tanto, el objeto de protección era la confesión religiosa mayoritaria y nada tenía que ver con la libertad religiosa ni mucho menos con la discriminación. De ahí que una vez aprobada la Constitución de 1978 y declarado el carácter aconfesional del Estado (art. 16 CE), buena parte de la doctrina abogara por la supresión de estos preceptos al considerarlos meros resabios del derecho penal preconstitucional totalmente prescindibles en un contexto político en el que el factor religioso pasaba a ser un asunto privado de los ciudadanos. Sin embargo, lejos de suprimirse, estas figuras han sobrevivido a infinidad de reformas penales, aunque ligeramente modificadas para dar cabida primero a todas las confesiones religiosas y extenderse más tarde a «quienes no profesan religión o creencia alguna» (art. 525.2 CP).

Pero basta un rápido repaso a la jurisprudencia posterior al 78 para comprobar el declive paulatino de aquellas figuras en la práctica judicial, seguramente por el protagonismo que fue adquiriendo la libertad de expresión como presupuesto esencial del sistema democrático y el consecuente reconocimiento de la crítica religiosa, incluso en sus manifestaciones más extremas, como parte de aquel derecho. El recurso que encontró la jurisprudencia para llevar a la práctica esta línea restrictiva fue la exigencia de un elemento subjetivo específico en los delitos de profanación y escarnio (arts. 524 y 525 CP) --la finalidad directa de ofender los sentimientos religiosos-- que se considera contrarrestado cuando la supuesta ofensa se inscribe en el contexto de una representación artística, de un acto de protesta o, en general, de cualquier forma legítima de crítica hacia los principios, dogmas o ritos de una confesión religiosa. Muy significativa en este sentido es la STS de 25/3/1993, sobre la emisión televisiva de un videoclip musical en el que aparecía una figura humana crucificada con cabeza de carnero. A pesar de admitir que cualquier falta de respeto a una cosa sagrada (y no sólo «la burla, mofa o escarnio») puede ser constitutiva de profanación, el tribunal confirmó la absolución por entender que al emitirse el video en un programa dedicado a las vanguardias musicales, faltaba «el dolo específico», consistente en «el ánimo deliberado de ofender los sentimientos religiosos legalmente tutelados». Y la misma línea siguió el alto tribunal para ordenar el archivo de una querrella contra dos políticos catalanes por un delito de escarnio de los símbolos católicos con motivo de una fotografía en la que uno de ellos aparecía posando con una corona de espinas en plena vía dolorosa de Jerusalén. El Supremo entendió que ninguno de esos actos suponía «una insultante expresión de

desprecio» que exigiera tratamiento penal ²³. Otro ejemplo similar lo encontramos en la Sentencia 353/2004, de 7 de junio, de la Audiencia Provincial de Sevilla, que revocó una condena por delito de escarnio del art. 525 en el caso de una persona que publicó en internet una composición de la virgen María junto a unos órganos genitales masculinos, acompañada de un texto ofensivo contra una hermandad de semana santa. Advierte la sentencia que «no basta con que se ofendan los sentimientos religiosos de otros» para realizar el tipo sino que hace falta «la expresa e inequívoca intención de ofender esos sentimientos», porque de lo contrario se dejaría «en manos de cada creyente la existencia o no del delito, atentando, sin lugar a dudas, (contra) los principios de legalidad y seguridad jurídica» ²⁴.

Una línea aún más nítida --y adecuada-- de cara a establecer el papel intenso que juega la libertad de expresión en la delimitación del delito de escarnio la encontramos en el conocido caso de «la Cristofagia», un cortometraje ideado por Javier Krahe en el que se desarrollaba una receta para cocinar un cristo crucificado y que se emitió por televisión en 2004 con motivo de la presentación de un disco del cantautor. El Juzgado de lo Penal nº 8 de Madrid absolvió a todos los imputados sobre la base de que «la sátira y el recurso a lo irreverente» son herramientas frecuentes en las expresiones artísticas de contenido crítico, sobre todo cuando la crítica se dirige a los ámbitos más poderosos de la sociedad, como sucede con la religión católica: «la religión --dice la Sentencia--, especialmente por cuanto se refiere a la mayoritaria en España, la Iglesia como institución, ha estado asociada en la historia al poder y ha sido por tanto también objeto de crítica legítima» ²⁵. En segunda instancia, la Audiencia Provincial de Madrid confirmó el fallo apelando a la ausencia del elemento subjetivo de lo injusto ²⁶.

Esta línea de interpretación restrictiva llevó al paulatino arrinconamiento de los delitos contra los sentimientos religiosos, cuya aplicación fue muy limitada en la última década del siglo XX y comienzos del actual. Sin embargo, en los últimos tiempos se percibe un cambio de tendencia que no es ajeno al efecto expansivo de la categoría de «delitos de odio». Son cada vez más frecuentes las querellas impulsadas por personas o asociaciones vinculadas a la iglesia católica que introducen ahora la idea de odio o discriminación por motivos religiosos como elemento constitutivo de las conductas denunciadas. Es el caso, por ejemplo, de la querella presentada por la asociación de abogados cristianos y hazteoir.org con motivo de un espectáculo organizado en la Universidad de Valladolid en la que un humorista presentaba una visión sarcástica y anticlerical de algunos dogmas de la religión católica, mezclada con críticas al sector más poderoso del pueblo judío. Lo interesante es que la querella no se limitó al delito de escarnio (art. 525 CP), sino que incluyó también la figura de provocación al odio del art. 510 CP. Si bien la Audiencia de Valladolid ordenó finalmente su archivo, lo cierto es que inicialmente fue admitida a trámite por el juzgado de instancia ²⁷. Un paso más dio el Juzgado de Instrucción nº 6 de Madrid ²⁸ al condenar por un delito de profanación (art. 524) a varias personas que irrumpieron en una capilla situada en un Campus universitario para leer un manifiesto en el que se denunciaba el «evidente sesgo patriarcal y homofóbico» de la iglesia católica, tras lo cual algunas mujeres se quedaron con el torso desnudo y luego abandonaron el lugar al grito de «vamos a quemar la conferencia episcopal». Lo novedoso del caso es que el juez consideró implícito en el delito de profanación el móvil discriminatorio propio de la agravante genérica del art. 22.4ª, estableciendo así un claro punto de conexión con la categoría de delitos de odio. Finalmente la Audiencia de Madrid revocó esta sentencia por entender que el art. 524 requiere «un acto de profanación claro, directo, evidente y, por supuesto, físico, y no derivado del simple hecho de incumplir determinadas normas sociales, por mucho que ello pueda herir sentimientos religiosos de quienes profesan determinada religión» ²⁹.

En sentido inverso, recientemente la Audiencia de Sevilla ha reabierto el caso conocido como «coño insumiso» que había sido archivado en instrucción ³⁰. Varias mujeres salieron en procesión portando una gran vagina de plástico cubierta con una mantilla simulando un paso de semana santa al tiempo que proferían consignas contra la conferencia episcopal y rezaban oraciones de contenido sexual. Lo preocupante del caso es que el tribunal recurre a la paradigmática STC 214/1991 --donde se establecen límites a la libertad de expresión relacionados con actos hostiles contra *minorías* étnicas, nacionales o religiosas (entre otras)-- para llegar a la asombrosa conclusión de que «bajo la libertad de expresión no se puede dar cobijo a conductas de ofensa, burla, menosprecio, amenazas e insultos contra personas o grupos o miembros de confesiones religiosas». Así, sin más. Prescindiendo

totalmente de la referencia a las minorías que da sentido a la Sentencia del TC. Una conclusión a todas luces abusiva que pone de manifiesto los despropósitos a los que conduce la identificación de los delitos de odio con cualquier acto más o menos ofensivo que esté motivado por un sentimiento de aversión o repulsa hacia un colectivo cualquiera. Como ya se comentó, esta versión expansiva sirve como herramienta para censurar la crítica ideológica de las religiones, favoreciendo, en especial, a la religión preponderante. Así lo advertía ya la Comisión de Venecia en 2008: «la aplicación de la legislación sobre odio debe hacerse con mesura para evitar un resultado en el que unas restricciones que se dirigen potencialmente a proteger a las minorías contra abusos, extremismos o racismo tengan el efecto perverso de acallar las voces opositoras y disidentes, silenciar a las minorías y reforzar el discurso y la ideología dominante en materia política, social y moral» ³¹. El caso de la Drag Queen Sethlas, que apareció en el escenario del carnaval representando a la virgen y a un cristo crucificado, así lo corrobora. La asociación de abogados cristianos presentó una querrela admitida a trámite por un juzgado de instrucción de Las Palmas (actualmente en fase de investigación) por los delitos de los arts. 510 y 525 CP. La abogada de la acusación manifestó públicamente que espera que Sethlas sea condenada «para que sepa que si se mete con los católicos esto lleva una consecuencia» ³².

Nada de lo dicho significa negar que todas las personas tienen derecho a manifestar libremente sus convicciones religiosas, a participar en sus ritos sin interferencia de terceros y también a no ser objeto de vejaciones o insultos por la religión que practican. Pero eso no justifica la supervivencia de los delitos de profanación y escarnio. Con razón sostiene la doctrina mayoritaria que hay suficientes figuras en el Código penal para dar respuesta a la posible lesión de bienes jurídicos asociados a estos hechos, como los delitos contra el honor o el delito de daños ³³.

Sólo cuando la religión se asocia a estereotipos negativos que sitúan a sus creyentes en una posición de marginación o rechazo social surge la necesidad de una tutela adicional del Derecho penal para prevenir agresiones (físicas o no) a sus derechos fundamentales. Unas agresiones que tienen su origen en el menosprecio hacia el colectivo discriminado y poseen, por ello, un potencial lesivo que no existe o es incomparablemente menor cuando se trata de las religiones mayoritarias. Así, no es lo mismo romper un crucifijo en una iglesia católica que prender fuego a una mezquita. El segundo hecho tiene unas connotaciones de rechazo a la propia existencia de la colectividad musulmana que no existen en el primero. Pero tampoco esto justifica unos delitos específicos sobre sentimientos religiosos porque ya contamos con un amplio espectro de figuras antidiscriminatorias para responder a estas situaciones (vg. art. 510 o agravante del art. 22.4ª CP). Por eso, como bien concluye Terradillos, lo único razonable es derogarlos.

NOTAS:

¹* Proyecto «Comportamientos basados en el discurso de odio», DER 2017-84178-P financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España.

J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Ideología y valores religiosos en el Código penal. La reforma (siempre) pendiente», *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, nº 10 (2010), Vol. I, p. 420.

²J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Ideología y valores religiosos en el Código penal», *cit.*, pp. 421 y ss.

³A. RUIZ MIGUEL, «Diez tesis sobre la laicidad en la Constitución», *Jueces para la Democracia*, nº 61 (2008), p. 43.

⁴J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Ideología y valores religiosos en el Código penal», *cit.*, pp. 416 y ss.

⁵Véase el Informe del EUROPEAN CENTRE FOR LAW AND JUSTICE (ECLJ), *Lucha contra la difamación de religiones*, 2008-2010, accesible en [#sdfootnote6anc" _mce_href="#sdfootnote6anc" name="#sdfootnote6sym"6L](#). BENNETT GRAHAM, «Defamation of Religions: The End of Pluralism?», *Emory International Law Review*, Vol. 23 (2009), p. 75.

⁷A. RUIZ MIGUEL, «Diez tesis sobre la laicidad en la Constitución», *cit.*, p. 44.

[8](#)Un excelente relato de los hechos véase en J. FERREIRO GALGUERA, «Las caricaturas sobre Mahoma y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 12 (2006), pp. 1 y ss.

[9](#)Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión (2007), citado por Z. COMBALÍA, «Libertad de expresión y difamación de las religiones: el debate en Naciones Unidas a propósito del conflicto de las caricaturas de Mahoma», en Navarro-Valls/Mantecón Sancho/ Martínez-Torrón (coords.), *Libertad religiosa y su regulación legal*, Madrid, Iustel, 2009, p. 441.

[10](#)Resolución 7/19 de «lucha contra la difamación de las religiones»: A/HRC/7/L.11.

[11](#)ECLJ, *Lucha contra la difamación de religiones*, cit., p. 10.

[12](#)P. STURGES, «Blasfemia y difamación de las leyes religiosas. Implicaciones para los medios y los bibliotecarios», *El profesional de la información*, vol. 24, nº 3 (2015), p. 341.

[13](#)Así L. BENNET GRAHAM, «Defamation of Religions: The End of Pluralism?», cit., p. 78.

[14](#)En esta línea, B. PAREKH, «Is There a Case for Banning Hate Speech?», en Herz/Molnar, *The Content and Context of Hate Speech*, New York, Cambridge University Press, 2012, p. 41.

[15](#)ECRI, Resolución General nº 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso de odio, adoptada el 8 de diciembre de 2015.

[16](#)F. REY MARTÍNEZ, «Discurso del odio y racismo líquido», en Revenga Sánchez (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2015, p. 54.

[17](#)A. L. DE PABLO SERRANO, *Límites jurídico-penales del discurso (puro) del odio. Sociedad del desprecio y discurso del odio*, en prensa. Original consultado por amabilidad del autor.

[18](#)COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, Recomendación General nº 35, 26 de septiembre 2013. CEDR/C/GC/35.

[19](#)S. BESSIS, *Occidente y los otros. Historia de una supremacía*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.

[20](#)Así también B. PAREKH, «Is There a Case for Banning Hate Speech?», cit., p. 40.

[21](#)Véase el apartado nº 10 de la Recomendación.

[22](#)Recomendación General nº 35, cit., apartado 20.

[23](#)Auto del TS de 10/10/2005. Los políticos eran Pascual Maragall y Carod Rovira.

[24](#)El mismo argumento en el caso del padrenuestro feminista: SAP Barcelona, Secc. 10ª, 14/2/2017.

[25](#)Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Madrid, de 8 de junio de 2012.

[26](#)SAP Madrid, Sección 16ª, de 2 de abril de 2013.

[27](#)Véase Auto 251/2011, de 9 de junio de la AP Valladolid, Sección 2ª.

[28](#)Sentencia nº 69/2016, de 18 de marzo.

[29](#)SAP Madrid, Sección 16, de 16 de diciembre de 2016.

[30](#)Auto de la AP de Sevilla nº 297/17, de 28 de marzo de 2017.

[31](#)EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Report on the relationship between freedom of expression and freedom of religion: The issue of regulation and prosecution of blasphemy, religious insult and incitement to religious hatred*, 17-18/10/2008., apdo. 58.

[32](#)Noticia de la Cadena Ser de 12 de septiembre de 2017. Consultada en [#sdfootnote33anc"](#)
_mce_href="#sdfootnote33anc" name="sdfootnote33sym"33J. TERRADILLOS, «Ideología y valores religiosos en el Código penal», *cit.*, pp. 431 y ss.; J. M. TAMARIT, *La libertad ideológica en el Derecho Penal*, Barcelona, PPU, 1989, pp. 198 y ss.; M. CUGAT, «Acerca de la protección penal de los sentimientos religiosos en los medios de comunicación», en *Medios de comunicación y pluralismo religioso*, Consejo Audiovisual de Cataluña, 2010, p. 43.

ÍNDICE:

I. ESTUDIOS DE PARTE GENERAL

1. La investigación en Derecho penal

Investigar en derecho penal: las enseñanzas de un Maestro

Esther Hava García

Hacia una dogmática jurídico penal como sistema abierto

María José Rodríguez Mesa

Contexto, interdisciplinariedad y dogmática penal

Diana Patricia Arias Holguín

La implantación de los estudios oficiales de criminología en España

José Luis Díez-Ripollés

Derecho Penal y Psiquiatría. De cómo una psiquiatra se aventuró por el mundo penal y criminológico siguiendo al Prof. Terradillos

Julia Cano Valero

Diversidad cultural y Derecho penal

Guillermo Portilla Contreras

Reformas penales y gobernar a través del delito: el caso peruano

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Bienes jurídicos, valores y derechos: satisfacción de necesidades y lucha por el reconocimiento

Mercedes Alonso Álamo

Derecho penal y utopía garantista: una visión latinoamericana

Juan Oberto Sotomayor Acosta

Notas básicas sobre la autoría a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP español): Autoría y significado específico del hecho

Carlos Martínez-Buján Pérez

Sobre la interpretación en Derecho Penal

Iván Meini

2. Evolución histórica de la Ciencia del Derecho penal

Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura

Francisco Muñoz Conde

Metamorfosis del Derecho penal del Estado de Derecho

Eduardo Demetrio Crespo

La Ilustración hispana frente al encierro punitivo: la obra de Lardizábal en su discípulo Joseph Marcos Gutiérrez

Alejandro W. Slokar

1917: La Constitución del Estado social y democrático de derecho en México

Luis Arroyo Zapatero

3. Constitución y ley penal: la imposible convergencia

Exigencias normativas de legitimidad en la ley penal. Constitución y teoría de la legislación penal

Gloria González Agudelo

Los tipos de omisión impropia y el principio de legalidad estricta

Luis Fernando Niño

4. Política y Derecho penal en Europa

¿El Brexit es un reto para la política criminal de la Unión Europea?

María Acale Sánchez

El proceso de integración penal europea

José Luis de la Cuesta Arzamendi

Cultura política de la UE y racionalidades penales nacionales: Reflexiones sobre la penalidad migratoria

José Ángel Brandariz García

El paradigma de la privación de libertad de solicitantes de protección internacional en Europa: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. el Derecho de la Unión Europea

Esther Pomares Cintas

Abusos de mercado y Derecho penal: España e Italia frente al impulso europeo

Adán Nieto Martín

Luigi Foffani

5. Peligrosidad social y Estado de Derecho

A vueltas con el Derecho penal de la peligrosidad

Rafael Rebollo Vargas

Los disfraces de la peligrosidad (la pena del delito común contra la propiedad)

Raúl Zaffaroni

Los «anormales» y su discriminación penal

Nicolás García Rivas

6. Consecuencias jurídicas del delito

¿Penas o medidas?: del garantismo a la confusión

Mercedes García Arán

El castigo de la delincuencia económica y el riesgo de derecho penal de autor

Gonzalo Quintero Olivares

Nuevas tendencias penológicas: hacia la penología del control

Borja Mapelli Caffarena

La prisión permanente revisable: crónica de una derogación anunciada

María del Mar Martín Aragón

7. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

El órgano de cumplimiento en la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: indefiniciones y precisiones

Norberto J. de la Mata Barranco

La conveniencia de la responsabilidad penal de los partidos políticos

Joan Baucells Lladós

Sobre las inconcebibles naturaleza y función penales y sancionatorias de las erróneamente denominadas «penas», medidas de seguridad «penales» u otra especie de sanciones «penales» aplicables a personas jurídicas

Luis Gracia Martín

8. Justicia penal de transición, impunidad y memoria

Ley de Amnistía. Cuarenta años después

Araceli Manjón-Cabeza Olmeda

II. ESTUDIOS DE PARTE ESPECIAL

1. El Derecho penal de la Globalización

Violencia e impunidad: Examen al Estado

Arturo Ventura Püschel

Francisco Javier Álvarez García

La violencia como elemento del delito de rebelión

Miriam Cugat Mauri

Delimitación de las modalidades de conducta en el delito de atentado: el significado de agredir, acometer y oponer resistencia

María del Mar Carrasco Andrino

Francisco Javier Álvarez García

Actualizar la prohibición del genocidio y las masacres

Ramón Sáez Valcárcel

Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de Derechos Humanos en el marco del Derecho penal internacional

Ana Isabel Pérez Cepeda

Derecho penal y exclusión social. El «top manta» en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial

Margarita Martínez Escamilla

La protección penal del crédito después de la crisis económica

Hernán Hormazábal Malarée

La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis. Análisis jurisprudencial

Juan Muñoz Sánchez

Regulación del cannabis: aportes político-criminales para la construcción de alternativas al modelo prohibicionista de control de las drogas

Diego Silva Forné

2. Corrupción

Corrupción pública en Latinoamérica

Fabián Luis Riquert

Crimen organizado, corrupción y responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú

José Ugaz S. M.

El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la Administración pública y por soborno transnacional en el debate parlamentario argentino de 2017

Carlos Julio Lascano

Delito de «cohecho electoral»

Lorenzo Morillas Cueva

«Rendición de cuentas y transparencia» como instrumentos de lucha contra la corrupción de los partidos políticos

M^a José Rodríguez Puerta

3. Derecho penal económico y de la empresa

La protección penal del consumidor digital

Luis Ramón Ruiz Rodríguez

El fantasma del administrador de hecho y otras cuestiones fundamentales en los delitos societarios

José Manuel Ríos Corbacho

Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal colombiano

Fernando Velásquez Velásquez

Valoración de la vigente tutela penal de la propiedad intelectual tras la reforma del Código de 2015

Luis Rodríguez Moro

La vigencia de la categoría delito de cuello blanco cuando los delitos socioeconómicos se comenten en contextos normalizados

Laura Zúñiga Rodríguez

Estafa y fraude de subvenciones: una revisión de sus relaciones concursales

M^a del Carmen Gómez Rivero

¿Nueva alternativa a la pena en materia penal tributaria y previsional en Argentina?

Marcelo A. Riquert

Delito de defraudación tributaria y blanqueo de capitales. Reflexiones en supuestos de regularización tributaria con efectos penales

Fermín Morales Prats

El paralelismo procedimental en la persecución del delito de defraudación tributaria

Juan Carlos Ferré Olivé

4. Delitos patrimoniales

A vuelta con el principio de proporcionalidad, de «non bis in idem» y la multirreincidencia en el delito de hurto: Análisis de la STS 481/2017, de 28 de junio

Carmen Salinero Alonso

5. Derecho penal del trabajo

Contextualizando el «Derecho Penal del Trabajo»

Antonio Baylos Grau

El empresario, principal sujeto obligado a garantizar un medio de trabajo seguro y saludable

Joaquín Aparicio Tovar

¿Existió alguna vez un verdadero Derecho penal del trabajo?

Manuel Jesús Dolz Lago

Derecho penal del trabajo en Colombia

Alfonso Cadavid Quintero

Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa?

Eduardo Ramón Ribas

Pesca ilegal y contratación de trabajadores extranjeros: la Sentencia Varepi

Inma Valeije Álvarez

Proxenetismo lucrativo: ¿una modalidad diferente de explotación laboral?

Beatriz Cruz Márquez

A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?

Ignacio F. Benítez Ortúzar

El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo

Fernando Navarro Cardoso

¡Se acabaron las mayorías absolutas parlamentarias! Una crónica política hacia la descriminalización del ejercicio del derecho de huelga

Rosario de Vicente Martínez

La conducta típica del delito de coacciones a la huelga (art. 315.3 CP)

Bárbara San Millán Fernández

La técnica de tipificación y su relación con la aplicación de los delitos que protegen la vida y la salud de los trabajadores

Cristina Méndez Rodríguez

Disfunciones del sistema judicial en el ámbito penal de la siniestralidad laboral

María Revelles Carrasco

La siniestralidad laboral como delito: consecuencias aplicativas

Rosa M. Gallardo García

Siniestralidad laboral y responsabilidad penal por delitos contra la vida o la salud cometidos en comisión por omisión imprudente en el ámbito empresarial

Carmen López Peregrín

La incidencia de la «nueva» imprudencia menos grave en la siniestralidad laboral

M^a José Cuenca García

6. El delito de inmigración ilegal y la trata de personas

El CP español como paradigma del Derecho de la «crimigración»

Diego Boza Martínez

Reconocimiento del derecho de asilo en España a mujeres víctimas de violencia de género

María del Rosario Gómez López

Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres humanos

María Luisa Maqueda Abreu

7. Protección penal del medio ambiente: luces y sombras

La red para la protección ambiental en el Código penal tras la reforma de 2015: los resultados típicos

Paz M. de la Cuesta Aguado

El medio ambiente y la necesidad de coordinación policial como medio de investigación

Antonio Vercher Noguera

Incertidumbre científica y certeza jurídica. La plasmación del Principio --medioambiental-- de precaución en Derecho penal

Mariana N. Solari Merlo

Protección penal del medio ambiente en la Unión Europea. Luces y sombras

Maria Marquès i Banqué

Compliance ambiental: aspectos esenciales, a la luz de la reforma penal de LO 1/2015, de 30 de marzo

Elena M. Górriz Royo

8. Ideología y valores religiosos en el Código Penal

Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados

Patricia Laurenzo Copello

9. Terrorismo y Derecho

El terrorismo global yihadista: ¿Límites a un derecho penal exagerado?

Juan Carlos Campo Moreno

Reflexiones sobre el terrorismo: del terrorismo nacional al terrorismo global

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

La dimensión política del terrorismo

Carmen Lamarca Pérez

Terrorismo: entre el derecho penal y la seguridad nacional

Antonio M. Díaz Fernández

Contraterrorismo

José L. González Cussac

Inteligencia y contrainteligencia en Chile. El monopolio de la violencia estatal frente al terrorismo y sus distorsiones

Myrna Villegas Díaz

Cristian Parada Bustamante

Reflexiones actuales sobre la lucha contra el terrorismo

Miguel Ángel Núñez Paz

Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal

María Luisa Cuerda Arnau

Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»

Juan Carlos Carbonell Mateu

Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos «Cesar Strawberry» y «Cassandra Vera»

Fernando Miró Llinares

De la prevención del blanqueo de capitales a la de la financiación del terrorismo

Patricia Faraldo Cabana

III. ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL

La reparación de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el Derecho Penal

Octavio García Pérez

Sobre los altos tribunales y la «mística» de la inmediación

Perfecto Andrés Ibáñez

Audiencias tempranas y justicia restaurativa en el campo penal juvenil en Costa Rica

Álvaro Burgos

Documento TOL6.932.376

Doctrina

Título: LIBER AMICORUM. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco

Autores: [Juan Carlos Carbonell Mateu](#), [María Luisa Cuerda Arnau](#), [Carmen Lamarca Pérez](#), [Miguel Angel Núñez paz](#), [Patricia Faraldo Cabana](#), [Fernando Miró Llinares](#), [José L. González Cussac](#), [Juan Carlos Campo Moreno](#), [Ignacio Berdugo Gómez de la Torre](#), [Antonio M. Díaz Fernández](#), [Myrna Villegas Díaz](#), [Cristian Parada Bustamante](#)

Fecha: 11/2018

Número epígrafe: 17

Título epígrafe: Capítulo 17. Terrorismo y Derecho

TEXTO:

9. Terrorismo y Derecho

El terrorismo global yihadista: ¿Límites a un derecho penal exagerado?

Juan Carlos Campo Moreno

Magistrado. Portavoz de Justicia,

Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados

I. UN NUEVO TERRORISMO DE CORTE GLOBAL E INTERNACIONAL

Afganistan, Argelia, Irak, Siria, Egipto, Turquía, Burkina Faso, Nigeria, Jordania, Arabia Saudí, China, Etiopía, Francia, Rusia, Filipinas, Reino Unido, Alemania, Bélgica, España, EEUU... cuentan víctimas tras ataques terroristas y ello solo en lo que llevamos de año 2017 ¹. España, tras unos años de paz y superando el extinto terrorismo etarra, volvió a sentir un dolor desgarrador con los atentados de Cataluña el 17 de agosto de 2017, como antes en Madrid, en 2004.

Una ofensiva del ISIS contra posiciones del gobierno sirio en la ciudad de Deir ez-Zor deja 82 muertos y más de 100 heridos. El ataque ocurrió entre el 14 y el 15 de enero. Entre las 82 personas fallecidas, se encuentran 28 militares y milicianos aliados del Gobierno de Bashar al Assad, 40 terroristas y 14 civiles.

Más de 80 personas fallecidas y más de 90 heridas es el resultado de un doble atentado en la provincia sureña iraquí de Dhi Qar. La prensa destacó que habían sido los ataques más sangrientos desde la derrota del Estado Islámico en Mosul.

Kabul sufrió el 14 de octubre de 2017 un atentado que dejó 315 fallecidos y más de 400 personas heridas ².

Podríamos seguir, y seguro que tras escribir estas páginas nuevos atentados habrán acaecido a lo largo de los confines de la tierra. Pero un dato sí es destacable, son dos ámbitos de actuación: por uno, el del asentamiento y ocupación, Siria e Irak; de otro, el resto del mundo. Así es el campo de acción de este nuevo terrorismo: global.

El nuevo terrorismo no se ve como un acto aislado sino como una inagotable secuencia ³. Si a estas noticias unimos el tráfico de hombres y mujeres, si es en edades adolescentes mejor, hacia los territorios ocupados de Siria e Irak, sus fuentes de financiación o el uso de internet, tendríamos los elementos precisos para conocer o reconocer esta, no tan nueva, forma de terrorismo global y que en muy buena medida permite el debate de si hablamos de terrorismo o terrorismos. Estamos en presencia de un terrorismo integrista, que como refleja TERRADILLOS, ha superado en capacidad lesiva al terrorismo conocido hasta finales del siglo XX ⁴; lo que realmente reabre un intenso y rico debate ⁵, continuando con plena actualidad aquello que TERRADILLOS expresó de que, « la azarosa historia de la legislación antiterrorista subsiguiente a la entrada en vigor de la Constitución

*de 1978 da prueba de que en la defensa del orden constitucional frente a la delincuencia terrorista, el legislador penal no ha seguido una orientación político criminal única»*⁶.

Este tipo de terrorismo presenta un marcado carácter internacional, lo que lo convierte en «*una amenaza civilizatoria hasta el punto de encarnar en guerra, la nueva guerra*»⁷. NNUU asumió este carácter desde los tiempos de Al Qaeda, y lo ha intensificado tras la aparición del ISIS o DAESH, que cortó los lazos con aquella y declaró, en 2014, la independencia de su grupo y su soberanía sobre Irak y Siria, autoproclamándose califato musulmán. Esto también es novedoso, un terrorismo con territorio. Siendo este factor, en buena medida, el que con arrogancia les permite autodenominarse Estado.

1. Viejo concepto y sin embargo nueva característica

Como he recogido en no pocas ocasiones, siguiendo a THOMAS Y STANDLEY, todo lo relativo al terrorismo participa de una constitutiva ambigüedad y de una frondosidad conceptual manifestada en sus múltiples acepciones⁸. En el terrorismo llamado yihadista, y sin despreciar los elementos tradicionales y que en buena medida tuvieron acogimiento en la sentencia del Tribunal Constitucional, 199/1987, de 16 de diciembre (*Tol* 79938), se alzan otros como el carácter internacional o supranacional, donde las plataformas intelectuales y operativas pueden estar muy lejos de los objetivos; o como la utilización de los medios de comunicación globales. Y todo ello, con una enorme capacidad letal⁹.

Como es obvio continúan los elementos de corte tradicionales, los medios empleados (violencia física, muertes indiscriminadas, explosivos); el resultado producido (clima de terror colectivo) y la finalidad política o social pretendida por sus autores¹⁰, pero aglutina, como se acaba de exponer, perfiles importantes que lo hacen mucho más letal, incorporando el miedo generalizado en cada poro de los ciudadanos¹¹.

No es fácil aprehender las raíces del problema, salvo encuadrarlo en ese desafío al modo de entender la vida en «occidente». Quizás como explica JORDÁN, no podemos dejar de cohonestar cuatro elementos. Así,

- Relación del terrorismo yihadista con el Islam y el Islamismo.
- Su genuina estructura organizativa.
- Perfiles personales, sistemas de financiación, reclutamiento y aprendizaje.
- Modos de empleo de la violencia¹².

En lo que interesa me centraré, únicamente, en la estructura organizativa, pues va a ser lo determinante para redefinir el delito de terrorismo. Es una estructura organizativa basada en círculos concéntricos con una enorme descentralización y donde el protagonismo, como explica JORDÁN, recae más en el movimiento global que en las organizaciones concretas. Con ese esquema de círculos concéntricos, según el grado de implicación y pertenencia de los miembros del grupo, se hace sumamente complicado las tareas de determinación del grupo u organización terrorista¹³. Esta dificultad para «descubrir» a los miembros del grupo u organización, y sobre todo a éstas, es lo que lleva, por unas claras razones de índole práctico, a señalar que estamos ante un «acto terrorista» al margen de que se pueda probar la existencia o la pertenencia a esas estructuras más amplias. Ello, y por derivación, hacer desaparecer el elemento estructural o grupal como configurador del delito terrorista. Cuestión que se asume, ahora, por razones puramente utilitarias y prácticas pero que se ajustan a la más pura esencia del delito y sobre la que ya he tenido ocasión de pronunciarme¹⁴, pues entiendo que el factor organizativo no puede reputarse como un elemento definitorio y es que, con EBILE NSEFUM, entiendo que ese particular no deja de ser un dato criminológico real pero no puede erigirse en elemento esencial de la definición. La prueba de la existencia de «organización» era, eso sí, y con la legislación previa a la LO 2/2015, un requisito de la aplicación de las normas antiterroristas¹⁵.

2. Nota sobre Internet

Hace ya algún tiempo pudimos leer que, «*como organización y desde la perspectiva empresarial, Al Qaeda necesita disponer de dos recursos imprescindibles: los recursos humanos y los recursos financieros; y un objetivo fundamental: mantener abierto el canal de comunicación para ocupar cerebros mediante el terror*»¹⁶. Pero no acaba ahí la situación pues, una vez integrados y coyunturalmente financiados, los acólitos de Al Qaeda se mantienen unidos virtualmente por el lazo

*indisoluble del Corán y por el lazo virtual de las telecomunicaciones interactivas asistidas por ordenador*¹⁷.

Efectivamente, estamos ante un terrorismo multiforme y donde internet y las redes sociales son utilizadas por los grupos yihadistas como principal herramienta de reclutamiento, adoctrinamiento, formación y adiestramiento¹⁸. Estamos en una sociedad intermática, enormemente tecnológica y donde las redes sociales lo acaparan todo. La capacidad de comunicarse está muy por encima del conocimiento personal y aquí radica una de las claves del «éxito» en la proliferación del «nuevo terrorista».

Como toda organización terrorista necesita ineludiblemente recursos humanos y recursos financieros pero también, y de manera imprescindible, mantener canales de comunicación para ocupar cerebros mediante el terror. Aquí internet y todas las redes sociales entran en acción. Y no solo estas, pues también cuenta con los medios de comunicación tradicionales a su servicio, no nos son desconocidas la revista *Dabiq*; radios como, *la Voz del califato* o televisión como, *Bein HD4*, u otras tantas.

La Resolución de NNUU ya alertó de estos peligros: « *Reconociendo tambien que el terrorismo no sera derrotado unicamente mediante la fuerza militar, las medidas de aplicacion de la ley y las operaciones de inteligencia, y subrayando la necesidad de abordar las condiciones que propician la propagacion del terrorismo, como se indica en el pilar I de la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo (A/RES/60/288).*

*Expresando preocupacion porque los terroristas y quienes los apoyan utilizan cada vez mas las tecnologias de las comunicaciones, en particular Internet, con fines de radicalizacion conducente al terrorismo y reclutamiento e incitacion a cometer actos terroristas, y para financiar y facilitar los viajes y las actividades posteriores de los combatientes terroristas extranjeros, y subrayando la necesidad de que los Estados Miembros cooperen con miras a impedir que los terroristas se aprovechen de tecnologias, comunicaciones y recursos para incitar al apoyo de actos terroristas, respetando al mismo tiempo los derechos humanos y las libertades fundamentales y cumpliendo otras obligaciones dimanantes del derecho internacional»*¹⁹.

Es una realidad asumida y es que como expresa TERRADILLOS, lo relevante hoy « *no es poner a los Parlamentos a insistir en la maquinaria de producción de represión penal, sino incorporar a las estrategias estatales e internacionales de inteligencia y seguridad los medios necesarios para el conocimiento y la posibilidad de intervención en el universo online»*²⁰.

La LO 2/2015 incorporó esta preocupación en la propia esencia y definición del terrorismo y el nº 2 del art. 573 del Código Penal: « *2. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior.*

Así se cubren muchas de las manifestaciones vía internet: (intrusismo informático, supuesto típico de colaboración, « *facilitar el acceso a otro*», abriendo la punición a supuestos de complicidad; la utilización de artificios o instrumentos técnicos para interceptar las transmisiones no públicas de datos informáticos, fiel trasposición de la Directiva 2013/40/EU; castigar la ayuda, ya sea con la de entrega de un programa de ordenador o su clave de acceso; nueva regulación de los delitos de daños informáticos. Véase la Directiva 2013/40/UE que persigue armonizar las legislaciones ante los ataques a los sistemas de información y buscando la menor afectación a la seguridad de la información; y se conforman figuras agravadas. Se sancionan las interferencias ilegales en los sistemas de información y se consuma obstaculizando o interrumpiendo el funcionamiento de un sistema informático de cualquier forma imaginable. El legislador no escatima en formas o mecanismos y, para ello, emplea no pocas formas verbales (introducir, transmitir, destruir, transmitir, dañar, inutilizar, eliminar, sustituir); se sanciona el *hacking* y se recoge la responsabilidad de la persona jurídica en los supuestos de realización de alguno de los delitos anteriores)²¹.

II. UN PLENO DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Son esas notas las que sirven para alterar un Código Penal amplio, y me atrevería a decir que casi exhaustivo, e incorporar nuevas tipologías delictivas en su elenco, en un adelantamiento de barreras penales, otro más, que desdibuja los contornos férreos sobre los que se construyó el Derecho Penal en nuestra modernidad. No es aventurado decir que la Ley Orgánica 2/2015 de 30 de marzo (BOE nº 77, de 31/3/2015) de reforma del Código Penal va por estos derroteros. Lejos quedan las notas de fragmentariedad y subsidiariedad del Derecho Penal. Notas sobre las que la más ortodoxa doctrina hacía depender la función correcta que el Derecho Penal estaba llamado a cumplir. Se era muy

consciente del impacto negativo e irreversible que sus instrumentos producían en los bienes fundamentales de la persona ²².

El adelantamiento de la línea de defensa es tildado por VIVES ANTÓN de « *inadmisible, cuando se pueden castigar simples manifestaciones de voluntad en las que no se manifiesta ni un mínimo de lo que criminológicamente se llama «el paso al acto» y que no representan ninguna clase, no ya de principio de ejecución, sino como expresamente se prevé, ni de preparación* » ²³.

Realmente lo que subyace es una nueva concepción del Derecho Penal.

Al Derecho Penal le pedimos aporte respuestas funcionales, esto es, que no obsten al funcionamiento de la sociedad tal como esta se autocomprende. Esta descripción no es nueva. Ya Roxin, escribía, hace no pocos años, como en los Estados sociales se aprecia una huida hacia el Derecho Penal. Derecho Penal de *prima ratio*, abriendo un proceso de «prevención general asegurativa». El punto de inflexión es poner el énfasis en el valor «seguridad» ²⁴.

Hablamos, y con una terminología plenamente aceptada, de normas incardinadas en el Derecho Penal del enemigo ²⁵. Hago mío el enfoque de MIRÓ LLINARES cuando analizando los modelos político-criminales de nuestro siglo y junto a la aparición de las «guerras preventivas» convergen toda una serie de normas penales contra el terrorismo con la característica principal de minimización de muchas de las garantías y derechos definitorios de los procesos penales en los Estados democráticos ²⁶. Ello, no obstante, nunca debe ser un mecanismo que permitiera reivindicar para este fenómeno, y sus tristes protagonistas, un status tan genuino que lo acercase al combatiente y no a un criminal.

En suma, son justificaciones para la aplicación de dos Derechos. Uno, rodeado de las máximas garantías y otro, sumamente debilitado. Es la estrategia del miedo, y aquí el peligro que se corre es fácilmente aprehensible; pues basta decir que aquel es tan atroz que los medios que se pongan para erradicarlo no deben tener prácticamente límites. Esta situación es hoy comúnmente aceptada, y como expresa MIRÓ LLINARES, es la prueba irrefutable de que los Estados democráticos han tendido a estirar los límites de la democracia hasta el punto de convertir las leyes antiterroristas en auténticos laboratorios donde distintas normas penales y procesales han puesto a prueba la resistencia de los principios y derechos que rigen un Estado social y democrático de Derecho.

Algo merece indicarse desde ya, y es que todo lo que se regula bajo el paraguas de la lucha contra el terrorismo goza de un carácter excepcional, de ahí que, se pueda hablar de un «Derecho Penal de excepción». Cuestión distinta es que ese pórtico conlleve, y dado los buenos resultados estadísticos a una generalización de ese Derecho Penal de la excepción ²⁷. El papel de los Tribunales consiste en salvaguardar ese mínimun irreductible ubicado entre las garantías, el debido proceso y los derechos fundamentales (Patriotic Act, Usa, 2001; la Ordenanza procesal penal alemana, o Ley antiterrorista inglesa de 2001; LO 96/1984 en materia antiterrorista en España; y se podrían poner bastantes más ejemplos) ²⁸.

III. ¿LÍMITES AL DERECHO PENAL EXAGERADO?

Poner límites nunca es fácil, ni rápido. Pero pese al poco tiempo de rodaje de la LO 2/2015 el Tribunal Supremo viene a confirmar algunas de las críticas ya vertidas sobre aspectos de la nueva regulación. Comenzaré con el previsto en el art. 575.2 del Código Penal, el autoadoctrinamiento. Como tuve ocasión de decir recién aprobada la Ley « *era el punto más polémico de este avance en la lucha antiterrorista y el sempiterno adelantamiento de las barreras de protección* » ²⁹.

Sobre este particular el Tribunal Supremo en su Sentencia número 354/2017, sala segunda de lo penal, 17 de mayo de 2017, recoge:

«A diferencia de otras novedades típicas incorporadas por la ley orgánica dos/2015, no tiene previsión en resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, ni normativa de la unión europea, ni el convenio del Consejo de Europa. Expresamente informe explicativo del protocolo del terrorismo, señala la dificultad de su tipificación, así como la existencia de problemas en diversos sistemas legales».

La AN condenó, por enaltecimiento y, además, por adoctrinamiento, y ello con el siguiente razonamiento:

«Visto el contenido de tales mensajes, el ritmo creciente de la presencia en la red de los mismos, la radicalidad exponencialmente expuesta en ellos, así como la posesión personal y de acceso directo, de documentos de contenido radical Yeehaw dista, este tribunal aprecia que los hechos con llevan un

plus de gravedad y antijuricidad sobre el mero acto de difundir verificado por un extraño si en el caso, existe una asunción de ideales y fines cercano al delito de pertenencia, una voluntad dirigida al auto adoctrinamiento buscado de propósito por lo que se estiman que los mismos sean constitutivos del delito previsto y penado en el artículo 575.2 párrafo tercero versus artículo 579 bis uno y dos del código penal...(FD 1º)».

Pero el Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico Primero, en su punto cuarto señala que, « *del listado de comportamientos típicos ahora recogidos con carácter novedoso, no todos ellos derivan del contenido de los instrumentos y resoluciones internacionales citados; entre ellos el delito objeto de condena en la instancia, el autoadoctrinamiento; y si bien ello no impide que legislador nacional tipifique una determinada conducta, si resulta relevante tal circunstancia, por una parte, porque no sirve de justificación la normativa europea citada; y de otra, en cuanto a la interpretación del precepto, por cuanto ponderando el fenómeno yihadista y su forma legal de combatirlo, diversas instancias europeas encontraron dificultades para la tipificación de conductas atinentes exclusivamente a una actividad individual de contenido meramente ideológico...*».

Muy significativo resulta el comienzo del Fundamento Jurídico segundo que arranca destacando la falta de apoyo internacional para la tipificación de estas conductas y « *la necesaria interpretación restrictiva de estas conductas típicas para posibilitar su subsistencia si quebranto del derecho a la libertad ideológica y el derecho a la información...*».

En el Fundamento Tercero resalta que en la sentencia objeto de casación, « *nada se indica sobre el elemento subjetivo requerido de buscar esa capacitación para cometer "cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo"*» ³⁰ .

Además de los Tribunales de Justicia, fundamentalmente el Tribunal Supremo, habrá que esperar los pronunciamientos del otro Alto Tribunal. Cuestiones sometidas al Tribunal Constitucional como la constitucionalidad de la prisión permanente revisable. La cuestión de la revisibilidad de la pena se erigirá en el auténtico bastión para calibrar la constitucionalidad de la misma. Efectivamente, su adecuación al texto constitucional y muy particularmente al 25.2 cuando señala, entre los derechos y libertades fundamentales que, « *Las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...*», habrá de ser analizada por nuestro Tribunal Constitucional casi con seguridad a la luz del propio art. 92 y concordantes del Código Penal. Este análisis no es nuevo, siendo una materia recurrente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el cual cuando coteja la adecuación al art. 3 CEDH se plantea siempre dos cuestiones son básicas. La primera, cuándo puede revisarse la pena y la segunda, qué requisitos deben concurrir para su prosperabilidad. Y no serán, esperemos, las últimas precisiones que nos alejen, un poco al menos, de un Derecho Penal exagerado.

Reflexiones sobre el terrorismo: del terrorismo nacional al terrorismo global

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Salamanca

En 1978, publiqué con Juan, en el vespertino y desaparecido diario *Informaciones*, un artículo titulado «Terrorismo y Derecho penal» ³¹ . Ahora, pasados muchos años, cuarenta, entendí que el mejor homenaje que podía rendir a con quien compartí aquellas líneas, era volver a escribir sobre un tema que, pese al tiempo transcurrido, al distinto marco histórico en el que tiene lugar, a sus distintas causas y objetivos y a presentarse de distintas formas, continúa siendo objeto de debate.

Estas páginas aspiran también a constituir un homenaje a quien, siempre en el diálogo con él, me hizo muchas veces dudar y eso, el generar dudas sobre lo que se presentan como verdades inamovibles, es la mejor prueba de la calidad de un universitario y Juan Terradillos Basoco, tiene y demuestra siempre esa calidad.

Pero, por otro lado, al escribir este texto inevitablemente se agolpan en mi mente otros momentos de nuestra biografía académica común, desde aquellos días en que junto a Luis Arroyo iniciamos a la vez los tres nuestra carrera académica en el viejo seminario de Derecho penal de la Universidad de Valladolid, bajo la dirección de nuestro maestro Marino Barbero Santos. Todo ello refuerza aún más mi propósito de homenajear a quien ante todo es mi amigo.

I. INTRODUCCIÓN. EL NUEVO MARCO DEL TERRORISMO

El 11 de septiembre de 2001, tuvieron lugar simultáneamente los atentados de las Torres Gemelas en Nueva York, y del Pentágono en Washington, en su mayor parte televisados en directo, lo que potenció su repercusión en todo el mundo. La fecha de estos atentados marca un antes y un después

en la política internacional, abre la «guerra contra el terror», pues, aunque con anterioridad ya habían tenido lugar otros actos de terrorismo de carácter internacional ³², estos suponían la materialización de un terrorismo global, que va a tener continuación en otros atentados, también de gran repercusión y de análoga etiología, que alcanzan a distintas ciudades de la hasta entonces internacionalmente segura Europa.

Estos nuevos atentados tienen siempre una gran repercusión mediática con consecuencias de muy distinta índole y especialmente generan una sensación de inseguridad, que no se limita a la esfera individual, sino que poseen una dimensión colectiva, que les lleva a aparecer como factor generador de importantes consecuencias políticas y jurídicas ³³.

Mientras tanto, en Siria, Irak o Afganistán, pero no sólo, los atentados, muchas veces con mayor número de víctimas, tienen una menor repercusión en los medios, forman parte del dramático día a día de esos países y nuestra sociedad les continúa percibiendo como algo lejano.

Paralelamente en el tiempo y aprovechando las circunstancias de un conflicto bélico cerrado en falso y de una «primavera árabe» frustrada, se crea un califato, autodenominado Estado islámico ³⁴, con base territorial en Siria, Irak y en algunas ciudades libias y dotado de vocación universal. Su creación va a abrir un nuevo escenario bélico concentrado en Siria, donde convive con otra guerra civil, e Irak. Conflicto armado, en el que se implican con mayor o menor intensidad otras potencias externas a la región, en el que no se respetan las reglas más elementales del conocido como Derecho penal humanitario, que debe regir en los conflictos bélicos.

Pero la actuación del ISIS, siglas con las que internacionalmente se conoce al califato, no solo se limita a los países donde tiene una base territorial sino también es protagonista de los atentados que tienen lugar en Europa occidental. De hecho, tras la muerte de Bin Laden, ISIS es quien ha asumido el protagonismo en la yihad, tanto en las guerras en Siria e Irak, como a través de los atentados en los países europeos. Estos atentados, para los países occidentales, son actos de terrorismo, para los islamistas de ISIS, son actos de la guerra contra los «cruzados» con la finalidad de llegar al «califato universal».

Esta situación que se desarrolla en las primeras décadas del siglo XXI, genera, como se adelantaba, consecuencias políticas y jurídicas, tanto en el campo internacional como en el interior de los distintos Estados. Por un lado, internacionalmente, se constata un riesgo global vinculado a una nueva forma de terrorismo, que lleva a recuperar y revisar las causas que justifican las denominadas «guerras preventivas», mientras que, paralelamente, en el marco interno se van a adoptar, con la coartada de la seguridad, medidas, no sólo penales, que, con carácter general, limitan derechos y garantías.

Desde la constitución de Naciones Unidas hasta hoy la historia del mundo ha venido marcada por la existencia y a veces por la colisión, de distintos modos de intentarlo ordenar. Especialmente significativo es el enfrentamiento que se exterioriza en la denominada «guerra fría», que simbólicamente concluye con la caída del Muro de Berlín y con el fin de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, y que tiene como obligada referencia el miedo a la extensión del modelo de Estado que arranca de la Revolución Rusa de 1917 ³⁵, que se proyecta mucho más allá del territorio europeo y que, en más de una ocasión a lo largo del siglo XX, da lugar a un nuevo modelo de lucha armada, la guerra revolucionaria ³⁶.

Pero junto a este hecho hay otros factores, como los procesos de descolonización, que condicionan los enfrentamientos armados, el recurso a la utilización de la violencia para alcanzar objetivos políticos e incluso el lugar donde se producen estos enfrentamientos.

Si nos centramos en la situación en Oriente Medio, aparece como factor clave de inestabilidad en la región la creación en 1948 del Estado de Israel, en un territorio de población mayoritaria árabe, pero de un innegable significado histórico para el pueblo judío ³⁷. Además, la región es la cuna histórica del islam, dentro del cual también está presente el enfrentamiento, a veces violento, entre sus dos grandes corrientes ³⁸, los sunitas, mayoritarios en el mundo y con particular peso en Arabia Saudita, y los chiitas, con especial importancia en Irán.

La aproximación a toda lo problemática que plantea las nuevas formas del terrorismo, requiere volver a referirnos al mundo islámico y ampliar alguna de las cuestiones apuntadas, muy especialmente a las organizaciones que, con la utilización de la violencia para alcanzar sus objetivos, han marcado las últimas décadas.

Durante un tiempo la yihad, materializada en el terrorismo islámico, estuvo vinculada a Al Qaeda y a su líder Osama Bin Laden, un ortodoxo sunita, miembro de una rica familia saudí. Esta organización es la autora, entre otros, de los atentados del 11 de septiembre a los que antes se ha hecho referencia. Al Qaeda surge en Afganistán en el marco de la guerra contra los rusos, sobre la base de un fundamentalismo islámico con la tutela de los muyahidines, y vinculada a la emblemática figura de su fundador, Bin Laden.

El recurso a la violencia en este caso tiene una base religiosa basada en una lectura del Corán, suscrita únicamente por una minoría de los musulmanes ³⁹, pero que ciertamente aparece acompañada de otros factores, que en la práctica han actuado como desencadenantes de esas interpretaciones de los textos coránicos y que, por ejemplo, ayudan a entender la incorporación a la yihad de islamistas nacidos en distintos países europeos ⁴⁰. Por tanto, detrás de este terrorismo no está sólo la religión, lo que no debe olvidarse a la hora de determinar las políticas encaminadas a abordar esta problemática.

Concluida la guerra Al Qaeda continuó manteniendo campos de entrenamiento que llevan a que su presencia, más o menos importante, se extienda a muchos otros países, con atentados de distinta entidad y repercusión ⁴¹.

Los atentados del 11 de septiembre, como se adelantaba, producen un importante giro en la política exterior estadounidense con el inicio de la conocida como «guerra contra el terror» ⁴², y con la estigmatización de los Estados que engloba el que Bush denominara el «eje del mal» ⁴³.

La nueva guerra tiene como primer escenario Afganistán y, en un primer momento, lleva a la expulsión del poder de los muyahidines, mientras que los miembros de Al Qaeda continúan operativos en la zona más montañosa del país próxima a Pakistán.

Paralelamente un miembro de Al Qaeda, Abu Musab al-Zarqawi, se traslada a Irak, donde rápidamente construye una red clandestina que está operativa cuando, en marzo de 2003, se produce la invasión estadounidense de este país. Este grupo es el origen del actual Estado Islámico.

El caótico desarrollo de la guerra y la posguerra, va a ser una fuente de crecimiento de las filas yihadistas, no sólo por la conocida motivación de la invasión, en supuestas y nunca halladas «armas de destrucción masiva», sino también por el desconocimiento de los mandos estadounidenses de las claves religiosas y culturales de la sociedad de Irak, con una minoría chiita que detentaba el poder y una mayoría social sunita. A todo lo cual se unió una expulsión de muchos de los funcionarios, lo que paralizaba el funcionamiento de la Administración, completado todo con una represión desmedida ⁴⁴.

En este marco, el 15 de octubre de 2006 se anuncia la creación del Estado Islámico ⁴⁵, desgajándose de Al Qaeda, con la que mantiene importantes diferencias estratégicas, en especial respecto al momento en que debía constituirse el califato. El Estado Islámico incorpora signos externos de un Estado, como la bandera, la base territorial y la denominación de sus autoridades.

Este califato, en su corta historia, ha pasado por distintas fases y con diferentes denominaciones ⁴⁶ y con una presencia territorial centrada en Irak y Siria. Su organización es la de un Estado regido por la versión más severa de la legislación del Islam, y caracterizado por una utilización de las redes sociales tanto como modo de captación de combatientes extranjeros, como para difundir ejecuciones y otras muestras de terror.

Hoy el liderazgo de la yihad a nivel internacional es protagonizado por el Estado Islámico ⁴⁷, ISIS, con actuaciones bélicas en especial en Irak y Siria y actos dirigidos a producir terror por todo el mundo.

Sobre toda esta compleja situación, además se proyecta, como componente no menor, los ya señalados factores del valor económico de los recursos petrolíferos y del significado estratégico de la región.

II. SOBRE LA UTILIZACIÓN DE LA VIOLENCIA EN LA POLÍTICA. DELITO POLÍTICO Y TERRORISMO

Un paso más en el estudio de la situación actual requiere retomar viejas reflexiones sobre la utilización de la violencia en la política, pues el terrorismo yihadista persigue una finalidad de esta

naturaleza. En nuestro ámbito cultural, la utilización de la violencia en la política constituye un viejo debate, baste, por todos los autores que han abordado este problema, el recuerdo a la obra del P. Mariana justificando el tiranicidio ⁴⁸—.

La discusión se centra en las distintas posiciones que se han mantenido y se mantienen, tanto en la doctrina como en la legislación, respecto al concepto y a las consecuencias jurídicas del delito político ⁴⁹—.

En el momento actual, la consideración de una conducta como delito político y las consecuencias que de tal hecho se derivan, hay que entenderla en el marco del modelo de Estado en el que se produce. Por ello, no es aceptable, independientemente de la motivación o la finalidad de quien realice la conducta delictiva, admitir que cabe el delito político en un régimen democrático ⁵⁰—. Otra cuestión son las consecuencias jurídicas que se vinculen a la presencia de dicha finalidad, como la problemática que presenta la respuesta penal frente al delincuente por convicción, o las consecuencias que un delito, en el que concurre esta finalidad, tiene en las relaciones entre los Estados, en especial respecto a la extradición y el asilo.

Desgajado del delito político aparece el terrorismo que inicialmente incorpora como elemento caracterizador, junto a una estructura organizativa dotada de estabilidad ⁵¹—, el buscar producir el terror generalizado o una sensación de inseguridad dentro de un Estado como medio para, a través de un acto de esta naturaleza, alcanzar una finalidad política, como puede ser, un cambio de régimen, la independencia de una colonia o la separación de una parte del territorio. A esta doble finalidad de carácter político y al medio al que se recurre para alcanzarlo, lograrlo mediante el terror, se añade la gravedad del delito cometido, pues solo un delito de gran entidad es objetivamente adecuado para generar terror.

En la actualidad, como puede comprobarse, si se analiza la definición, que la Directiva europea 2017/541 ⁵²— da de terrorismo, ha pasado a ser preponderante este último rasgo, el de la gravedad del delito, con lo que pasa a un primer plano la entidad de la utilización de la violencia, produzca o no terror, realizada con una finalidad no necesariamente política ⁵³—. Camino este que lleva a ignorar, lo que entiendo inadecuado, la necesidad de que esté presente la potencialidad para causar terror y la finalidad política. Por ello, entiendo que no es terrorismo la violencia que causa terror, que se lleva a cabo desde una estructura estable, pero que no obedece a una finalidad política. En estos casos estamos sin duda ante una manifestación de la criminalidad organizada, pero no toda criminalidad organizada es terrorismo ⁵⁴—.

En síntesis, para que un hecho pueda ser considerado como terrorismo se requiere, que sea una acción delictiva de gran gravedad, susceptible de producir terror, llevada a cabo desde una estructura estable y realizada con una finalidad política.

Durante mucho tiempo el terrorismo ha sido un fenómeno nacional, con rasgos, en especial los referidos a su objetivo político, distintos en cada Estado, hoy se ha pasado a un terrorismo de carácter global, que incorpora el carácter transfronterizo en su forma de ejecución, y la finalidad global de su finalidad política ⁵⁵—.

Todas estas características de estructura y finalidad están presentes en el caso del terrorismo yihadista, protagonizado por ISIS. Donde además de la utilización de la violencia con una finalidad política desde una estructura estable y mediante hechos de gran gravedad, la meta a alcanzar mediante el terror no es otra que la instauración de un califato universal, que establezca un gobierno teocrático regido por la ley islámica, la *sharia* ⁵⁶—.

Pese a la presencia de estos rasgos, una consideración tanto histórica como actual acerca de la utilización del término terrorismo pone en evidencia su relativismo. Pues la calificación de un acto como de terrorismo está vinculado directamente a quien es considerado como tal por quien tiene poder de definición, en la práctica, y los ejemplos son abundantes, quienes son terroristas para unos, pueden ser considerados como héroes por otros ⁵⁷—.

También la propia evolución política y doctrinal del contenido que se otorga al terrorismo lleva a afirmar la posibilidad de que en determinadas situaciones pueda llegar a hablarse de un terrorismo desde el Estado, cuando el recurso al Derecho penal, no se somete al límite que supone el contenido de las leyes, lo que hace imprevisible su aplicación ⁵⁸—.

El terrorismo es objeto del Derecho penal por la obvia tipificación de estos comportamientos, pero,

con más frecuencia de lo democráticamente deseable, la política criminal seguida frente al mismo se traduce en limitaciones de derechos, en agravaciones y en tipificaciones que, en más de un caso, son político criminalmente y, en algunos casos, también constitucionalmente, cuestionables ⁵⁹—. El Derecho penal aparece con frecuencia acompañado de una utilización expansiva de la calificación de un comportamiento como de terrorismo, olvidando el elemento central de la gravedad objetiva del delito y con la justificación de una política criminal preventiva, que en realidad a veces no pasa de constituir la exteriorización de una utilización simbólica del Derecho penal y a constituir una paradigmática manifestación del rechazable «derecho penal del enemigo» ⁶⁰—.

En síntesis, el terrorismo, tanto el nacional como el internacional, no constituye un cheque en blanco para la legítima reacción del Estado, pues los excesos en la respuesta, pueden llevar a una pérdida de legitimación y a generar el efecto contrario, a la finalidad preventiva teóricamente buscada. Frente a la vía, a la que más de una vez se ha recurrido doctrinal y legislativamente, de defender frente al terrorismo las conocidas tesis del denominado derecho penal del enemigo y abrir la puerta a una generalización del derecho penal de excepción, con la excusa de una mal entendida tutela de la seguridad ⁶¹—, hay que reclamar, de acuerdo con Terradillos ⁶²—, coherencia, pues, «no cabe defensa del Estado que no sea defensa de los derechos de la persona; no cabe la tutela de estos derechos mediante el dudoso procedimiento de pisotearlos».

En las relaciones entre los Estados, como se apuntaba, son importantes las consecuencias que sobre la extradición y el asilo tienen el delito político y el terrorismo ⁶³—. Ahora bien, pese a la exclusión del terrorismo de la excepción de extradición prevista para los delitos políticos ⁶⁴—, la ausencia, hasta ahora, de un concepto internacional de estas conductas hace que, a título de ejemplo, sea difícil que un régimen democrático conceda la extradición de quien ha utilizado la violencia como medio de lucha contra una dictadura, o, con carácter general, de quien es calificado como terrorista por ella. De alguna forma constituye una reaparición de la vieja doctrina de justificación del tiranicidio, que, aunque en este caso no suponga necesariamente una justificación del uso de la violencia, si entiende que haya podido llegar a recurrirse a ella. Por tanto, el poder de definición de un Estado sobre que es terrorismo no solo se proyecta sobre el terrorismo nacional, también sobre el que tiene lugar en otros países, con incidencia sobre las relaciones internacionales.

En síntesis, por un lado, se produce en las legislaciones nacionales una expansión del concepto de terrorismo y, por otro, la definición de una conducta como de terrorismo por un Estado no vincula necesariamente a otros.

Como primera conclusión deben resaltarse como rasgos claves de esta nueva forma de recurso la violencia, su dimensión internacional, ya que el califato universal como objetivo político tiene esta dimensión y porque sus acciones no se limitan al territorio de un Estado, a la que se une el componente religioso, que mueve a los autores de los actos de terrorismo, junto a la búsqueda de una especial repercusión mediática que potencie sus efectos, lo que hace que se trate de atentados de particular gravedad y la mayor parte de las veces de bajo coste. Todo ello acompañado de una utilización de las redes sociales como medio de captación y de difusión de sus acciones ⁶⁵—.

Frente a estas actuaciones, en principio, parece necesaria una política criminal de carácter internacional, que está condicionada y limitada por el poder de definición de cada Estado, tal como pone de relieve la ausencia en el marco de Naciones Unidas de un tratado que establezca la respuesta internacional frente a un terrorismo de esta misma naturaleza.

III. Algunas cuestiones a debatir

La proyección del Derecho sobre la actual realidad del terrorismo yihadista deja abiertas, al menos, tres grupos de cuestiones que deben ser objeto de análisis ⁶⁶— y que, aunque profundizar en ellas excede el contenido de estas páginas, no pueden dejar de ser apuntadas.

Un primer problema lo constituye la proyección sobre esta realidad del terrorismo internacional de la clásica diferenciación entre el *ius ad bellum* y el *ius in bellum*. Las Naciones Unidas, pese a nacer con el objetivo de resolver por vía pacífica los conflictos entre los Estados, con un papel decisivo de un Consejo de Seguridad condicionado por el derecho al veto de algunos de sus integrantes, reconocen en el art. 55 de su Carta fundacional, un «derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas». Los límites de esta legítima defensa y su concurrencia o no en las denominadas «guerras preventivas» y en concreto en los conflictos bélicos posteriores a los atentados del 11 de septiembre, deben ser

objeto de debate y análisis desde las exigencias vinculadas a nuestro modelo de Estado, de las que no debemos prescindir, pues constituyen los rasgos de identidad de nuestras sociedades.

En relación a los comportamientos individuales y la proyección sobre los mismos del Derecho penal es decisivo delimitar conflicto armado y terrorismo ⁶⁷—. Los comportamientos llevados a cabo dentro de un conflicto armado son objeto del *ius in bellum*, quedan dentro del Derecho penal humanitario, se proyecta sobre ellos el *ius cogens*. Mientras que la calificación de un hecho como terrorismo nos conduce a las tipificaciones y límites del Derecho penal de cada Estado.

En este punto hay que pronunciarse sobre las consecuencias de la ausencia de una definición de terrorismo internacional y sobre la posibilidad o no de la consideración dentro del Derecho penal internacional de determinadas manifestaciones del terrorismo.

En el actual marco jurídico, el tema no es simple, pues entre otras cuestiones hay que resolver si, como parece evidente, es conflicto armado, el que tiene lugar en Siria e Irak, donde hay una base física del ISIS, del autodenominado califato, aunque este no reciba internacionalmente la consideración de estado, por lo que los hechos que allí se desarrollan son objeto del Derecho penal humanitario. Pero, aceptando este punto de partida, la primera gran cuestión es si los atentados que tienen lugar fuera de ese límite físico, lo que se ha calificado como terrorismo internacional, son también actos de guerra, como los considera el ISIS. De igual manera hay que pronunciarse sobre la consideración que merecen las acciones con drones o por cuerpos de élite, contra dirigentes de ISIS, que a veces están acompañados de los denominados «daños colaterales», llevados a cabo lejos de donde físicamente tienen lugar los enfrentamientos.

Finalmente, no puede obviarse el abordar con carácter general hasta donde pueden llegar en la respuesta de los Estados en esta situación tanto si se considera una nueva forma de guerra o una nueva clase de terrorismo. Rechazando prácticas de tortura y de espacios situados fuera del derecho. Como puede constatarse de su mera enumeración todos son temas particularmente complejos a lo que se añade en la práctica el peso y el distinto sentido que sobre todos ellos tiene el poder de definición de los Estados y el peso que socialmente se da a la seguridad frente a la acción, real o posible, del enemigo, como justificación de supresión o limitación de derechos y libertades.

Frente a esta situación cobran particular sentido las palabras de Karem Armstrong, con las que cierra su monografía sobre el islam, «cultivar una imagen distorsionada del islam, verlo como un enemigo inherente de la democracia y los valores humanos y regresar a la visión racista de los cruzados medievales sería una catástrofe. Una actitud como esa no solo pondrá en contra a 1.200 millones de musulmanes con quienes compartimos el mundo, sino que violaría el desinteresado amor a la verdad y el respeto por los sagrados respetos del prójimo que caracterizan lo mejor tanto del islam como de las sociedades occidentales» ⁶⁸—.

La dimensión política del terrorismo

Carmen Lamarca Pérez

Catedrática de Derecho Penal

Universidad Carlos III de Madrid

El terrorismo constituye un fenómeno que pone en peligro la estabilidad del sistema político por cuanto sus acciones, que vulneran los más fundamentales bienes jurídicos individuales como la vida o la libertad, se dirigen en última instancia contra el Estado como un modo de coacción o de intervención en su toma de decisiones. Aunque no es de origen moderno es cierto que desde mediados del siglo pasado, y singularmente en las últimas décadas, se han venido sucediendo fuertes ataques de violencia política que, como se ha puesto de relieve en múltiples ocasiones, son expresión de una crisis del Estado social y democrático de Derecho ⁶⁹—. En efecto durante los años setenta se produjo un auge de los movimientos que acudieron a la violencia como modo de transformación política y así, por ejemplo, las acciones de grupos como las Brigadas Rojas en Italia o la Baader Meinhof en Alemania, las de signo fundamentalmente independentista como ETA en España o IRA en Irlanda o de violencia contrarrevolucionaria o fascista como el practicado en Italia por Ordine Nuovo y en España por el Batallón Vasco-español e incluso supuestos de terrorismo de Estado como el caso español de los GAL. En aquellas décadas, y en algún supuesto hasta fechas recientes, se practicaba lo que se ha dado en llamar un terrorismo interno, doméstico o de corte más nacionalista cuyos objetivos políticos iban dirigidos al Estado donde se realizaban sus acciones delictivas. En la actualidad, sin embargo, cuando la violencia política ha vuelto a resurgir con inusitada fuerza practicada sobre todo por el denominado terrorismo fundamentalista islámico, el terrorismo presenta un carácter transnacional y sus objetivos pueden alcanzar y de hecho alcanzan a cualquier Estado

debido a que, como ya ocurriera en otros períodos históricos, existe una unidad de regímenes y de sus estrategias políticas ⁷⁰—.

En el ámbito jurídico, las acciones terroristas han venido propiciando no sólo un reforzamiento de las medidas para combatirlas sino la aparición de una auténtica legislación de emergencia permanente ⁷¹— cuya *vis expansiva* y excepcionalidad han convertido a esta normativa en uno de los mejores bancos de prueba que se puede utilizar para conocer el estado de salud de que goza un Estado democrático pues es precisamente en esta materia donde el sistema político, incluso el más democrático, muestra de modo más patente una tendencia claramente autoritaria que lesiona de manera muy grave la eficacia de las garantías individuales. Adelantamiento excesivo de las barreras de protección penal ⁷²—, creación de tipos penales específicos que en ocasiones resultan contrarios a las previsiones constitucionales ⁷³—, agravación general de las penas y endurecimiento en su ejecución ⁷⁴—, centros de detención o jurisdicciones especiales, expropiación de las facultades judiciales en favor de las gubernativas o suspensión de determinados derechos ⁷⁵— que incluyen, por ejemplo, la prórroga del plazo de detención gubernativa o una grave limitación del derecho de defensa ⁷⁶—. Se trata, en definitiva, de una legislación que responde al modernamente denominado Derecho penal del enemigo ⁷⁷— donde al terrorista se le despoja de todos sus derechos y donde se propicia que se castigue por lo que se es y no por lo que se hace; es decir, favorece la aplicación de un Derecho penal de autor y no un Derecho penal de acto donde lo único que cuenta es la pretendida eficacia de las normas penales olvidando que «el Estado alcanza su máximo nivel de legitimidad cuando ofrece un proceso con todas las garantías (incluso) a quien pretende su destrucción» ⁷⁸—.

La aplicación de una normativa tan grave y excepcional como la que acabamos de señalar, requeriría, de entrada, una absoluta claridad sobre en qué casos y a qué personas debe resultar de aplicación y precisamente es en este punto donde reside el mayor de los problemas porque no existe ni en la legislación ni en la doctrina una definición comúnmente aceptada del término terrorismo y cabe decir que es precisamente ahora mas que nunca, cuando la violencia política se ha globalizado, que existe un mayor interés en encontrar un concepto que resulte útil tanto para el ámbito interno como para el internacional, en especial habida cuenta que cada vez en mayor medida, y en virtud de la aplicación del principio de justicia universal, los Estados pueden juzgar no sólo los actos cometidos dentro de su territorio ⁷⁹—. Por el contrario, creo que podemos decir que el calificativo *terrorista* ha adquirido en nuestra sociedad y en nuestro sistema jurídico una desmedida *vis expansiva* por cuanto se invoca para hacer frente a fenómenos y actitudes de muy distinta naturaleza; sobre todo, en demasiadas ocasiones se confunde al terrorista con el mero disidente político lo que resulta incompatible con los valores de libertad y pluralismo político.

Sobre el controvertido concepto de terrorismo, las definiciones jurídicas no sólo son diferentes según los autores sino también según los países y, especialmente, según los momentos históricos en que se formulan y, de este modo, el concepto se va adaptando en función de los intereses concretos de cada momento. Unos hablan de terrorismo sobre fenómenos que otros definen sencillamente, por ejemplo, como movimientos de liberación o de guerrilla o como actos de resistencia o de guerra ⁸⁰—. Algunos califican de terrorismo cualquier ataque contra el Estado, incluso aunque no se trate de ataques violentos; otros, sin embargo, argumentan que esta expresión debe hacer referencia exclusivamente al uso de aquellos métodos que infunden terror en la población, como el uso de explosivos. Pero además, hay una cuestión que resulta especialmente controvertida y es si cabe hablar de terrorismo de Estado, es decir, del terrorismo que se ejerce desde dentro del propio sistema político contra sus ciudadanos. Por lo demás, y como he señalado en otras ocasiones, el término terrorismo tiene a veces un sentido más emotivo o periodístico que jurídico y se utiliza sencillamente, y sin mayor precisión, para señalar aquellos casos que nos parecen especialmente graves.

Pero la utilización de un *nomen iuris* específico con las graves consecuencias penales que ello conlleva requiere sin duda alguna que intentemos precisar sus contornos, se trata de averiguar si es posible obtener una noción técnico-jurídica de terrorismo, una noción que nos describa una realidad histórica específica y permita, en su caso, construir una tipología penal autónoma. Porque ¿qué caracteres debe reunir la conducta terrorista para que pueda ser identificada como tal?, ¿se trata de un delito común o de un delito político, o constituye un tercer género distinto de los anteriores? De entrada, hay que señalar que el terrorismo puede ser considerado un delito común en el sentido de

que se exterioriza a través de la realización de delitos comunes como asesinatos, secuestros, amenazas, etc. Frente al delito político directo o frontal, la rebelión o el golpe de Estado, la acción terrorista sólo de modo indirecto se dirige contra el sistema político y, sin embargo, y como luego veremos, es esta dirección la que impregna el contenido de sus acciones, la que les da sentido y justifica la necesidad de una respuesta específica.

Al tratarse de la ejecución de delitos comunes, la técnica de tipificación penal del terrorismo suele entonces consistir en la agravación de estos supuestos hasta tal punto que algunos instrumentos jurídicos se limitan a la mera enumeración de determinados delitos y así, por ejemplo, el Convenio europeo para la represión del Terrorismo de 27 de enero de 1977 o el Convenio Internacional para la represión de los actos terroristas cometidos con bombas de 15 de diciembre de 1997 ⁸¹. Esta vinculación de la conducta terrorista a la utilización de medios violentos, que procede de las primeras leyes europeas sobre uso de explosivos, no resulta, sin embargo, a mi juicio válida por sí sola para la obtención de una definición de este fenómeno delictivo; aunque es cierto que el terrorismo se manifiesta a través de la violencia y, concretamente, mediante la realización de conductas que en sí mismas constituyen delito, parece evidente que definirlo en función de este único elemento conduce a una redundancia jurídica y suele responder, como sucedió en nuestra legislación histórica, a un exclusivo afán despolitizador, a querer borrar del terrorismo toda motivación o connotación ideológica ⁸². En general, cabe decir que dada la función que desempeñan las legislaciones antiterroristas, que indudablemente no es sólo de represión, esta despolitización puede tener un carácter meramente simbólico y de propaganda y estar dirigida, fundamentalmente, a deslegitimar la actuación de los grupos terroristas, grupos que, a su vez, persiguen precisamente como uno de sus principales objetivos, o quizás como el principal objetivo, el de restar legitimación al Estado ⁸³. Por el contrario, creo que el delito terrorista debe ser algo más que la utilización de determinados medios porque en ese caso se confundiría con el delito común del que debe ser diferenciado si, como de hecho sucede, se reserva para él un tratamiento jurídico distinto. Por ello creo que sólo otorgando relevancia jurídica a una dimensión finalística puede delimitarse jurídicamente esta figura, esto es, debe reconocerse que el elemento teleológico es un requisito indispensable para la elaboración de un concepto jurídico penal de terrorismo y este elemento, como venimos señalando, no puede ser otro que la finalidad política.

Como se ha puesto de manifiesto en múltiples ocasiones, el terrorismo es un fenómeno siempre vinculado a las luchas de movimientos o partidos políticos y, en el plano jurídico, esta vinculación exige, a mi juicio, que en la construcción de los tipos penales se reconozca la finalidad de estrategia política que caracteriza a las acciones terroristas postura que, además, ha tenido un amplio eco entre la doctrina penal y así, entre otros muchos, señala Vigna que «la noción de terrorismo implica, como dato imprescindible, el uso de la violencia con fines políticos» ⁸⁴; del mismo modo Muñoz Conde indica que «medios violentos y fines políticos o sociales son los que caracterizan al terrorismo» añadiendo que «desde el punto de vista político el terrorismo se presenta como un arma de lucha para derrocar o mantener un determinado sistema político o social» ⁸⁵, y Terradillos concluye que es «esencial al terrorista el proyecto político» ⁸⁶.

Y es que reconocer la dimensión política del terrorismo es reconocer que el mismo constituye una cierta forma de participación política, una manera de hacer llegar determinados postulados políticos y de intervenir en el proceso de decisión política y, por ello, la tipificación jurídica no puede cerrar los ojos a esta dimensión. Ahora bien, interesa destacar desde el primer momento que la finalidad política en sí misma considerada es perfectamente irrelevante o, al menos, debe ser perfectamente irrelevante en un Estado de Derecho y ello por muy radical que pueda ser su contenido; lo que importa y lo que caracteriza al terrorismo es que esos postulados políticos se pretendan realizar vulnerando el criterio de legitimidad básico de un sistema democrático, esto es, de forma violenta. Violencia y finalidad política resultan entonces dos elementos inescindibles para la definición del terrorismo en el marco de un Estado de Derecho y, en este sentido, se pronuncia expresamente la sentencia dictada por la Audiencia Nacional en el denominado «Caso Udalbiltza» cuando señala que «en un Estado democrático quedan fuera del ámbito penal la acción política y las opiniones y manifestaciones ideológicas, gusten éstas o no, sean mayoritarias o minoritarias, sean compartidas o no...incluso cuando éstas repugnen a la inmensa mayoría, como ocurre con el silencio o la falta de condena de los atentados terroristas», para afirmar, finalmente, que «es lícita la defensa, por procedimientos pacíficos, de todas las ideas, incluidas las secesionistas o soberanistas sin que ello

implique un ataque a la norma constitucional» ⁸⁷ —; porque en definitiva, y en cuanto a sus fines últimos, lo que se está protegiendo a través de la incriminación de este tipo de conductas es la exclusividad de la utilización de los cauces constitucionales como forma de lucha política ⁸⁸ —; desde una perspectiva de política criminal, cabe decir que, sin duda alguna, extender la ilicitud de los medios a los postulados ideológicos a lo que contribuiría sería a dotar de legitimidad a la acción terrorista.

La demostrada *vis expansiva* que, sin embargo, suele caracterizar a la legislación antiterrorista, exige entonces que tengamos que comenzar distinguiendo netamente el terrorismo de otras figuras como, por ejemplo, la desobediencia civil que también se caracteriza por constituir una forma de participación política al margen de las reglas del sistema aunque, como es sabido, la actitud del desobediente civil es pública y no clandestina, pacífica y no violenta ⁸⁹ —. No obstante, la característica de violencia política no constituye aún criterio suficiente para definir el terrorismo; según creo, y en este sentido se expresa Ferrajoli, la violencia política que caracteriza al terrorismo se define por ir acompañada de una intencionalidad estratégica, la violencia es política por cuanto «se elige, prescribe o exalta como forma específica y necesaria de la acción revolucionaria en cuyo modelo ideológico está prevista como un elemento normativo: como deber (y/o valor) de la violencia» ⁹⁰ —. La violencia terrorista puede tener así un carácter racional y concebirse como instrumento para alcanzar un estado de cosas no violento --como, por ejemplo, la extinción del Estado y de las clases sociales, la independencia de un territorio o la declaración de confesionalidad de un Estado-- pero también puede presentarse como un fin en sí misma, como un acto simbólico con valor revolucionario, pero en ambos casos, y esto es lo definitivo, la violencia y la política se funden en una estrategia, en un sistema ideológico-normativo.

De ahí que también convenga entonces diferenciar el terrorismo de otras formas de violencia política o social de carácter espontáneo, sin objetivos precisos a largo plazo y carentes de un diseño general para el uso de la propia violencia y así, por ejemplo, de las acciones consistentes en ocupaciones de fincas o viviendas, de los piquetes de huelga o de los enfrentamientos en manifestaciones políticas, como las protagonizadas en los últimos tiempos por los llamados «indignados» o los «antisistema» ⁹¹ — etc., por más que en muchos de estos casos se pretenda imponer determinadas decisiones a los poderes públicos; en caso contrario, corremos el riesgo de incluir dentro de la categoría del terrorismo toda forma de violencia que presente una directa o indirecta relevancia política incluso las que constituyen meras e improvisadas manifestaciones de protesta y que, por ello, están muy lejos de formar parte de esa violencia estratégica dirigida a la conquista o preservación del poder que es, a mi juicio, el supuesto para el que debe reservarse el término terrorismo. Como más adelante veremos, esta configuración de la violencia política nos conducirá directamente a exigir la presencia de un elemento más para la definición del terrorismo, el elemento estructural, que supone que el conjunto de las diferentes acciones violentas se pueden imputar a un mismo sujeto que no puede ser otro que la organización terrorista, que es quien dota de unidad y continuidad al plan o diseño político y da coherencia al modo de conseguirlo.

Sin duda alguna, uno de los reconocimientos más explícitos de la dimensión política del terrorismo a nivel legislativo es la prevista en el Código penal español de 1995 que, en la actualidad y tras la reforma operada por la LO 2/2015, de 30 de marzo, define el terrorismo, en el art. 573, como la realización de determinados delitos graves cuando se llevan a cabo, entre otras, con la finalidad de subvertir el orden constitucional, suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado o de una organización internacional, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o abstenerse de hacerlo. Creo que no cabe duda de que en todos estos casos se trata de finalidades políticas pero, como es conocido, quizás lo que ha generado una mayor polémica ha sido la utilización expresa del término subversión y ello por la interpretación que de éste término se ha realizado en alguna ocasión por nuestros tribunales y, en concreto, por la sentencia 30/1991 dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Nacional en el conocido proceso contra los funcionarios de policía Amedo y Domínguez acusados de fundar o pertenecer a los GAL, esto es a los Grupos Antiterroristas de Liberación, a los que se acusaba de combatir el terrorismo por métodos ilegales desde la propia estructura del Estado; de este modo se ponía sobre la mesa la siempre debatida cuestión de si cabe hablar en términos jurídicos del denominado Terrorismo de Estado ⁹² —.

Aunque, como es sabido, la expresión terrorismo nace precisamente vinculada a un estado de terror

institucional y no a una estrategia subversiva ⁹³ —, lo cierto es que la sentencia dictada por la Audiencia Nacional en el Caso Amedo y Domínguez señaló que para que una acción delictiva pudiera ser calificada como terrorista debía tener un propósito subversivo, entendido este término en el sentido de oposición al Estado, finalidad que, a su juicio, no concurría en este caso donde los procesados, aunque por medios «jurídicamente reprobables», habían ejecutado sus acciones en defensa del mismo; por su parte, la resolución dictada por el Tribunal Supremo, de 12 de marzo de 1992, en este mismo procedimiento si bien no participó de esta argumentación tampoco condenó por terrorismo a los acusados al establecer que ni siquiera pertenecían a los GAL.

¿Cuándo entonces y desde qué perspectiva cabe decir que un Estado es terrorista? En principio, cabe convenir que son terroristas aquellos Estados que aplican una violencia extrema e indiscriminada contra los ciudadanos, que ejercen su fuerza sin sujeción al Derecho, que vulneran sistemáticamente los derechos humanos, etc.; en suma, son terroristas aquellos Estados que nos merecen un juicio moral y político fuertemente negativo y, en este sentido, además, hay que reconocer que tiene cabida cualquier modelo de Estado incluso en el modelo del Estado de Derecho pueden desarrollarse, como de hecho estamos viendo, tendencias autoritarias y represivas o sus autoridades pueden recurrir a métodos terroristas y ello tanto en el plano interno como en el internacional. Ahora bien, partiendo de lo anteriormente expuesto, lo que hay que preguntarse es si cabe la aplicación de la legislación antiterrorista en los casos en que los responsables de los hechos delictivos son servidores del Estado; en otras palabras, y para concretarnos en el caso que venimos comentando, si cabía calificar como terroristas a los miembros del GAL, o a los inductores de sus actividades delictivas, y si resultaba posible aplicarles, por tanto, la legislación penal y procesal específica en esta materia.

Hemos señalado con anterioridad que, según creo, hay dos elementos consustanciales al concepto de terrorismo: de un lado, el elemento teleológico, la finalidad política, y, de otro, y como más adelante veremos, el elemento estructural que supone la existencia de una organización que utiliza la violencia con fines de estrategia política. Pues bien, curiosamente, en el caso Amedo y Domínguez los Tribunales competentes vinieron a impugnar cada uno por separado la existencia de uno de estos elementos para evitar la calificación de terrorismo. En primer lugar, la sentencia de la Audiencia Nacional excluyó el elemento teleológico porque los acusados no tenían con su actuación delictiva ningún propósito de «destruir» el orden democrático sino, por el contrario, su intención era la de «preservarlo o defenderlo» y el Tribunal Supremo, por su parte, impugnó el elemento estructural al señalar que los condenados, que no pertenecían al GAL, crearon una simple asociación común ⁹⁴ —. ¿Significa esto entonces que la finalidad política sólo puede ser relevante para la calificación de terrorismo cuando se persigue el cambio o modificación sustancial, es decir, la sustitución por otro, del sistema político?

A mi juicio, sin embargo, esta interpretación jurisprudencial, absolutamente aislada por cierto ⁹⁵ —, no debería haber prosperado pues, según acabamos de señalar, la índole o clase de finalidad política que se persiga en un Estado de Derecho debe ser perfectamente irrelevante desde el punto de vista penal y ello porque por muy radical o heterodoxo que sea su programa político que sólo adquiere desvalor jurídico en un sistema democrático por el uso de la violencia, por la no utilización de los cauces constitucionales como forma de lucha política. Ese programa político será, normalmente, revolucionario, transformador, por cuanto la defensa de los objetivos políticos dominantes corre a cargo del propio aparato estatal, pero nada impide, a mi juicio, conceptuar como terrorista a un grupo políticamente conservador o contrarrevolucionario, esto es, a un grupo que hace de la violencia un obstáculo al cambio, ya sea al cambio legítimo en una sociedad democrática, ya sea al propio cambio revolucionario ⁹⁶ —. Es más, creo que quienes dicen utilizar la *vía violenta* para defender al Estado no se limitan a una actuación de mera preservación del mismo sino que persiguen, en realidad, también su transformación frontal; porque, en definitiva, negar que el método democrático sea válido para acabar con los enemigos del Estado, que era lo que alegaban los GAL, es negar no sólo la eficacia de ese método democrático en casos concretos, sino negar también el sistema mismo que se caracteriza justamente por la regularidad de su actuación.

Pero junto a la subversión del orden constitucional y otros fines de claro contenido político, el art. 573 CP también alude a las finalidades consistentes en alterar gravemente la paz pública o provocar un estado de terror en la población o en parte de ella; estos fines, que constituyen un claro concepto jurídico indeterminado no definido por nuestra legislación penal, más que una intención parece expresar un resultado pues la alteración de la paz pública o la causación de terror es, normalmente, el resultado más inmediato de las acciones terroristas. En todo caso, el término resulta de una

imprecisión contraria al principio de legalidad penal y además nos plantea la importante cuestión de si el terrorismo ya no se concibe entonces exclusivamente como un delito político, es decir si cabe calificar también como terroristas a quienes sólo persiguen atentar contra el normal desarrollo de la vida ciudadana sin pretender, ni siquiera en última instancia, la subversión o la coacción de los poderes públicos. Por lo demás, similares finalidades se han exigido en otros textos jurídicos y singularmente en la Decisión Marco sobre la lucha contra el terrorismo de 13 de junio de 2002, del Consejo de la Unión Europea, ratificada en este punto por la de 28 de noviembre de 2008.

Es indudable que la alarma o la alteración de la vida normal puede ser el fin más inmediato de conductas como el terrorismo pero también de otras que, por su asiduidad o gravedad, logren este mismo objetivo y resulta muy discutible que junto a la persecución de las tradicionales organizaciones con finalidad política se pretenda también perseguir, y por tanto equiparar en su excepcional regulación penal y procesal, a aquellas que únicamente buscan crear alarma o miedo en la colectividad. Por otra parte, hemos señalado que el ejercicio de la violencia debe responder a una estrategia política y aunque es cierto que la violencia también puede presentarse en ocasiones como un fin en sí misma, como un acto simbólico, normalmente este tipo de acciones son aisladas o esporádicas y realizadas, además, por los mismos grupos que con su actuación general acreditan una indubitada finalidad política. La alarma, la alteración de la paz pública o la producción de intimidación o de un estado de terror, que no son más que estadios de un mismo concepto, suele ir indisolublemente unidos a este tipo de acciones pero si en última instancia no se requiere también la finalidad política no existirá posibilidad de distinguir el terrorismo de otros tipos delictivos comunes

⁹⁷ — y, sobre todo, trataremos de igual modo a fenómenos muy diferentes que por serlo requieren una respuesta distinta.

Finalmente, hay que señalar que si la violencia en el terrorismo debe concebirse como una estrategia de conquista o preservación del poder, creo que entonces sólo cabe hablar de terrorismo cuando el conjunto de acciones violentas se pueden imputar a un mismo sujeto: la organización terrorista, que es quien dota de unidad y continuidad al plan o diseño político y de coherencia al modo de conseguirlo. Desde esta perspectiva, que añade la exigencia de ese requisito, el denominado elemento estructural u organizativo, cabe decir que en realidad el sujeto no es el terrorista sino el grupo terrorista que constituye un contraordenamiento respecto del Estado y que se inspira en un análogo,

aunque antitético, principio de legitimidad ⁹⁸ —. La organización cualifica así la violencia y la convierte en un instrumento, en una estrategia que se orienta a romper el monopolio estatal, donde lo relevante no es la *cantidad o intensidad* de esa violencia sino que se trate de una violencia *racional*, imputable a un mismo sujeto abstracto y dirigida a una finalidad política de relevancia colectiva. La finalidad política, por su parte, se halla presente como objetivo consciente de la organización, como elemento definidor de su propia estructura lo que nos permite entonces distinguir el terrorismo de otros fenómenos de delincuencia organizada, también de relevancia o gravedad, como las diversas formas de «camorra» o de «mafia» que carecen de ese programa por más que sus acciones puedan llegar a representar un auténtico «problema político».

En cuanto a las características que deben exigirse para integrar el concepto de organización terrorista el problema no es tanto numérico como de estructura, permanencia o estabilidad. Este es precisamente el criterio que sigue nuestra legislación vigente para distinguir en general las organizaciones de los grupos criminales debiendo presentar las primeras un carácter estable o permanente con distribución de funciones entre sus miembros, requisitos todos que ha sido habitual exigir en las organizaciones terroristas conceptuadas tradicionalmente por la jurisprudencia como auténticas asociaciones ilícitas y exigiendo, por tanto, que se trate de sociedades organizadas y estructuradas, con cierta continuidad y jerarquía y donde, especialmente, debe existir una actividad social que va más allá de la realización de concretos hechos delictivos. Estos requisitos han llevado a nuestros tribunales a considerar terroristas a grupos perfectamente estructurados y estables como ETA o GRAPO pero sin que hayan existido tampoco graves obstáculos frente a agrupaciones con estructuras diferentes como los fundamentalistas islámicos y así, paradigmáticamente, en la sentencia del TS de 25 de octubre de 2007 que juzgó los atentados en Madrid del 11 de marzo de 2003.

Todo lo anteriormente señalado nos conduce inexorablemente a la conclusión de que los actos de violencia individual tampoco deberían formar parte del concepto de terrorismo aunque muchos ordenamientos, y así el Código penal español, en especial tras la última reforma operada por la LO 2/2015, prevén que el sujeto activo del delito de terrorismo pueda tratarse de una persona individual que opere sin estar conectado con una organización; en los últimos tiempos, y precisamente ante las

peculiares formas del terrorismo yihadista, se ha suscitado el debate en torno a la punibilidad bajo esta denominación de los denominados por la prensa *lobos solitarios* del terrorismo, esto es, los que actúan al margen de estructuras organizativas. Creo, sin embargo, que los casos de auténtico terrorismo individual son ciertamente escasos ⁹⁹; que las acciones terroristas se ejecuten por una o dos personas no significa que detrás de las mismas no haya una organización proporcionando, por ejemplo, el armamento, la infraestructura necesaria o, sobre todo, marcando los objetivos pero en cualquier caso y aunque este tipo de acciones pueden sin duda generar un clima de alarma o sembrar el terror entre un cierto sector de la población ¹⁰⁰, reitero que sólo cuando se actúa desde una estructura organizada, desde una auténtica organización terrorista, cabe decir que se pone en verdadero peligro al Estado y, por tanto, cabe justificar el mayor reproche penal.

Terrorismo: entre el derecho penal y la seguridad nacional

Antonio M. Díaz Fernández

Profesor Titular de Derecho Penal

Universidad de Cádiz

I. LA MUTACIÓN DEL TERRORISMO

Con casi treinta años de separación, el Profesor Terradillos establece un debate entre sendas publicaciones suyas de 1988 y 2016, cuyo objetivo central era el fenómeno terrorista ¹⁰¹. Su aportación de 1988 se centra en las novedades legislativas que introducía España en su ordenamiento legal de aquel entonces, un período claramente marcado por la intensa actividad terrorista de ETA y por otros grupos de corte nacionalista en Europa. La contribución de 2016 versa, en cambio, sobre el terrorismo yihadista; un nuevo terrorismo que no es siquiera evolución del terrorismo internacional de los años setenta y ochenta del siglo pasado sino que es un fenómeno de nuevo corte con características que lo hacen cualitativamente distinto. Entre sus aportaciones de 1988 y 2016 se observa la evolución del fenómeno que él analiza a la luz de los postulados del derecho penal que la evolución de aquel fuerza, en mi opinión, a interpretarlo también desde planteamientos de seguridad nacional. En ambos casos, la tesis que despliega en su análisis --y en la que se mantiene firme-- va en la dirección de afirmar que la reacción contra ambos terrorismos supone un poder creciente para el Estado y su impacto en la esfera ciudadana.

Para un politólogo perteneciente al minoritario grupo de la Ciencia de la Administración --si bien de inicios y base jurídica-- la aproximación a los fenómenos de la seguridad siempre que se ha producido desde la óptica del instrumento estatal que garantiza los derechos y las libertades. Sin embargo, pretender abordar el estudio del instrumento --la estructura-- sin comprender el fenómeno resultado harto estéril. Por eso, trabajos y pensamientos como los del Profesor Terradillos respecto al terrorismo, han sido la base, o mejor dicho, la cabeza de playa desde la cual realizar mi propio camino de comprensión del terrorismo. Esto es, una visión dogmática pero trufada de un profundo conocimiento del Estado y de sus mecanismos de poder y de actuación, me han permitido ir labrando una urdimbre que imbricaba ambos objetos de estudio. Mi aportación a su Libro Homenaje, no podía ser otra que intentar visibilizar el cómo he transitado desde esa cabeza de playa para conquistar comprensiones y respuestas lo más comprensibles posibles a fenómenos complejos, y reconocer la importancia que planteamientos tan depurados, directos y esenciales --alejados de disquisiciones estériles y preciosistas-- han permitido crear conocimiento y afianzar a las nuevas generaciones de investigadores.

1. ¿Qué es el terrorismo?

La clave del terrorismo es su lucha por el poder político mediante acciones que derrumben el orden (constitucionalmente) establecido. Su capacidad de acción --incluso en las masivas acciones como el 11-S-- no alcanza la potencia suficiente como para derrotar físicamente a un Estado o una comunidad política. Sin embargo, su fuerza se sitúa en otro plano: afectar a los elementos simbólicos que articulan una comunidad para intentar poner en jaque al Estado, afectando para ello a las opiniones públicas de los sistemas democráticos. Los atentados de 2001 son clara muestra. Son atacados los centros financiero, militar y, fallidamente, el político en el Capitolio de Washington. Indica Terradillos que, históricamente, el terrorismo ha sido criminalidad con objetivos políticos, a los que se superponen o añaden, según los casos, elementos religiosos, raciales o nacionales, pero hay que remarcar que la finalidad de afectar al poder y de conmocionar el *statu quo* en el que el poder se asienta, estará siempre presente como núcleo esencial.

Por ese motivo, la calificación del terrorismo como crimen no siempre ha sido pacífica. La doctrina de seguridad nacional de los años ochenta del siglo pasado, entendía el terrorismo como el elemento

armado/violento de la subversión; así la doctrina soviética que fue expandida a todos los países de su órbita, hablaba indefectiblemente de terrorismo, sabotaje y subversión --en forma de tríada-- a través de la cuál se buscaba horadar los sistemas democráticos configurándose en un instrumento-fenómeno intermedio entre el delictual y el bélico.

Podríamos hablar también, cuando nos referimos al terrorismo, de acciones mediante el empleo de grupos terroristas organizados, auspiciados, entrenados y financiados por Estados. En estos casos estaríamos hablando de «Estados-terroristas» como la Libia de Muamar el Gadafi. El Estado se configura así como un gran grupo terrorista, aunque no únicamente terrorista, de forma que se maneja en el entorno internacional ora como un Estado ora como un actor sub estatal, sin comprometer al principal, pero realizando como agente, de manera instrumental, acciones terroristas como parte, principalmente, de su política exterior. Pero también podríamos incluir al denominado «terrorismo de Estado» donde «es el mismo Estado quien realiza una aplicación clandestina, impredecible y difusa, también a personas manifiestamente inocentes, de medidas coactivas prohibidas por el ordenamiento jurídico proclamado, obstaculiza o anula la actividad judicial y

convierte al gobierno en agente activo de la lucha por el poder» ¹⁰². Estas acciones, de manera más o menos sistemática y prolongadas en el tiempo, irían dirigidas contra los enemigos interiores, aquellos que siendo nacionales están influidos o al servicio de ideologías exteriores. En este caso, el empleo del terror se realiza con carácter interno y contra grupos concretos de ciudadanos: disidentes o subversivos según la denominación variante en diversos países y momento histórico.

Así, el concepto de terrorismo --sin entrar en disquisiciones que nos llevarían a otros territorios-- es una metodología del empleo del terror con el objetivo de modificar los comportamientos de los individuos y, así, de las comunidades, aunque también modificarlos mediante el ejercicio del terror y mediante su desaparición física. Por tanto, los sujetos activos de las acciones terroristas podrán ser bien Estados, grupos armados o, más recientemente, organismos sub estatales. La identificación como terrorista de una acción será de esta forma difícil si solo lo restringimos a una actividad criminal ya que cada uno de estos actores, en mi opinión, ejerce acciones terroristas bajo marcos diferentes: represión-eliminación, delito, guerra asimétrica, respectivamente.

2. ¿Cómo ha mutado el terrorismo en el siglo XXI?

Estos elementos que el Profesor Terradillos desgranaba en su obra han evolucionado de manera significativa en las últimas décadas fruto de la misma evolución del terrorismo. En 1988, el Profesor Terradillos ya anticipaba --coincidiendo con Wilkinson-- ¹⁰³ elementos básicos sin los cuáles no podríamos entender hoy el fenómeno terrorista y su respuesta por parte de las instituciones del Estado. Apuntaba entonces a los *mass media* como elementos que dotan de una inusitada resonancia a los actos terroristas como así se ha podido comprobar con el despliegue en Internet del terrorismo yihadista y su control de las nuevas formas de comunicación. En segundo lugar, señalaba que el desarrollo tecnológico hace a las sociedades tolerantes más vulnerables, un elemento que provoca que la posibilidad de generar crisis sea mucho mayor. Por último, mostraba que las democracias veían recortadas sus posibilidades de defensa por el respeto a las libertades fundamentales con las que están comprometidas íntimamente.

Me centraré en este último elemento --el recorte de libertades fundamentales-- ya que es en el cual el Profesor Terradillos pone un mayor énfasis. Esta permanencia y evolución del terrorismo hace que esta excepcionalidad haya de modificar el marco legal desarrollado para su abordaje. Las construcciones teóricas clásicas --conocidas como «Derecho penal de la emergencia» y «Derecho penal del enemigo»-- y que durante largos años fueron de utilidad, han entrado en crisis por la mutación del fenómeno terrorista. Para el primero, la preterición de las garantías, cuyo alcance viene determinado por la magnitud de la emergencia, es transitoria y coyuntural; para las segundas, es estructural y permanente, aunque limitada a aquello incompatible con el sistema. El primero no cuestiona de manera global el catálogo de garantías ciudadanas sino que las somete a un proceso de hibernación. En cambio el Derecho penal del enemigo sí propone una revolución del modelo penal y judicial para abordar las amenazas específicas que el Ejecutivo y/o Legislativo entienden que salen de la normalidad ordinaria.

Por estos motivos, la presencia de este fenómeno en nuestras vidas ya es indisoluble de las sociedades contemporáneas. Esto significa que han dejado ya de ser excepcionales tanto por su permanencia como por la recurrencia de su acción. Así la excepcionalidad que Terradillos atribuía al terrorismo --me atrevo a decir que en cualquiera de sus variantes-- ha desaparecido. La excepcionalidad se ha volatilizado como elemento sustancial y se ha convertido en estructural, lo que

lleva a la necesidad de desarrollar instrumentos jurídicos adecuados para este status de «normalización».

Sin duda el terrorismo es una identificación con la violencia ilegal, esto es, la ejercida por otro actor no estatal y fuera del marco de la ley, reafirmandose así su monopolio que ejerce con más intensidad cuanto mayor sea la amenaza al Estado. Pero los cambios vividos en las últimas tres décadas hacen difícil la identificación del terrorismo como fenómeno exclusivamente delictual. Un delito que condiciona de tal forma las respuestas estatales y que tiene un impacto tan elevado sobre la sociedad parece alejarse de aquellas infracciones al código de comportamiento común que es común a todas las sociedades desde el pasado bien provenga de la ley divina bien de la humana. En consecuencia, «la respuesta jurídicopenal, que coherentemente ha de tener vocación de permanencia, ha de abandonar el ámbito de las leyes sectoriales para integrarse en los Códigos Penales», indicaba el profesor Terradillos. El modelo habría abandonado así en la actualidad su dimensión de urgencia para arrojarse casi en exclusiva en brazos del Derecho penal del enemigo ¹⁰⁴.

3. El terrorista, el disidente, el enemigo interior

El terrorismo se manifiesta mediante la realización de un sinnúmero de delitos graves, pero la ley penal --sustantiva y procesal-- no puede afrontar su compleja etiología y perspectivas desde las cuáles ha de ser necesariamente considerado. Pero el elemento central del que hablaba Terradillos, como es el recorte de libertades, pasa indefectiblemente por un elemento de naturaleza política como es «la definición de enemigo interno»; esto es, «la selección de las modalidades específicas de violencia que provocan y justifican una reacción también específica caracterizada por la expansión y la intensificación del control». De esta forma, una vez establecida la identificación de los primeros con «nosotros» y los segundos con «los otros», se facilita la construcción, por parte del poder, del andamiaje teórico en el que se asienta el paso a la dualidad «amigoenemigo» ¹⁰⁵, al modo propuesto por Carl Schmitt.

Huelga decir --con Terradillos-- que «el poder se ejerce con menos obstáculos cuando el ciudadano, amedrentado por ese «enemigo», opta por recluirse en el caparazón de su hogar, donde encuentra al menos protección, inhibiéndose de las actividades públicas y colectivas». Quizá no podamos afirmar con plena certitud que esta es la voluntad en países democráticos donde, precisamente, se reclama por parte de los poderes públicos y los líderes de la sociedad que regresen a la normalidad, a abandonar la «emergencia» a la mayor brevedad como signo inequívoco del triunfo de la ley. Sin embargo, eso no obsta para visualizar el cómo esa normalidad, que se refleja en ir de compras, restaurantes u obras de teatro, está protegida por una eterna situación de «estado de emergencia». Los Estados Unidos, tras los atentados de 2001 viven en un permanente estado de emergencia ¹⁰⁶, que han replicado otros Estados como Francia tras los atentados de París. Y coincido con el Profesor Ferrajoli en que ya sería difícil distinguir la vida en situaciones de normalidad ¹⁰⁷; la propia existencia permanente de niveles de alerta terrorista en sus umbrales superiores muestran la normalidad de la excepcionalidad.

Del marco de análisis del Profesor Terradillos se desprendía que debía redefinirse la política criminal antiterrorista para adaptarse a la evolución del terrorismo y también de nuestras sociedades. En primer lugar, decía Terradillos, «es una política presidida por la necesidad de inocuización del enemigo; en consecuencia los principios garantistas que están en el origen del Derecho penal democrático, y que lo legitiman en la medida en que lo someten a objetivos, protocolos y límites, tienden a desaparecer». Además --continúa Terradillos-- se dan «todas las condiciones para una política criminal errática y puramente simbólica: la exhibición de éxitos frente al mal, empuja hacia estrategias punitivistas y vindicativas que sustituyen la eficacia preventiva por la contundencia, de modo que mientras el abuso del *ius puniendi* potencia, sobre todo, al propio poder que lo ejerce, la lucha institucional contra el terrorismo acaba reducida a gestos e imágenes inútiles, cuyo *feedback* exige su reiteración y potenciación tanto más cuanto más ineficaces sean».

II. ESTADO VIGILANTE Y PREVENTIVO

Si bien comparto con el Profesor Terradillos que la fuerte intensidad de la dialéctica amigo-enemigo ha reducido al exiguo el posicionamiento en puntos intermedios del *continuum*, no la comparto respecto a que la opción punitivista obvie la dimensión preventiva. Bien entendamos esta labor preventiva de manera de reducir los condicionantes que favorecen el terrorismo como fenómeno que brota de la sociedad o bien como fenómeno que debe desactivarse en sus estadios operativos iniciales, el hecho es que cuando nos enfrentamos a terroristas, que a ciencia cierta saben que se

dejarán la vida en el atentado, la dimensión punitiva es de una importancia menor. Ni castigo ni ejemplo para potenciales futuros terroristas, podríamos concluir. Por eso, la labor preventiva se está produciendo de manera intensa e incesante con un incremento de las actividades de los ciudadanos que son monitoreadas por el Estado. En resumidas cuentas, la disensión cada vez es más compleja, menos viable y más arriesgada ya que los poderosos sistemas de vigilancia de los modernos Estados suponen un aparato de control sin parangón. Las posibilidades de que programas informáticos que rastrean redes sociales, *big data* o sensores detecten discursos, palabras o actitudes que pudieran estar en el ámbito de la disensión política que rodea toda actividad terrorista son los resortes a disposición del Estado para este cometido.

Por este nuevo perfil del terrorismo, el proceso de *demonología política* del que hablaba el Profesor Terradillos permite al Estado una actuación contundente, más allá incluso de lo que viene considerando como límites infranqueables del Estado democrático de Derecho. Si bien en su obra de 1988 esta respuesta la circunscribe al orden público y la defensa de la Constitución de forma que se criminalice a la oposición, esta no es la situación que nos encontramos a comienzos del siglo XXI. Y no lo es porque no se contempla la oposición/disidencia dentro de la comunidad política respecto al tema terrorista. La crudeza con la que empezaron a atacar nuestras ciudades desde 2001 hace impensable una voz disonante en la estrategia contrterrorista o la «guerra contra el terror» que acuñó el presidente George W. Bush. Reaparece de esta forma el concepto de seguridad nacional como nuevo marco justificativo de este delito/fenómeno más permanente y más flexible que los otrora aplicables «Derecho penal de la emergencia» y «Derecho penal del enemigo». Todos los actores deben estar alrededor de la defensa de la democracia que se considera el principio supremo, sin disonancias, sin ambages... todas las medidas van encaminadas a proteger nuestra tierra.

Por tanto, el principio legitimador de la intervención punitiva no será ya jurídico sino directamente político y la otrora conocida como *salus reipublicae* --y hoy rebautizada como la *Homeland Security* -- se erige en valor supremo, ocupando el lugar de la ley como sistema de garantías y de obligaciones recíprocas. Sostenía Terradillos que quizá el efecto más desmesurado de la sustitución de la razón jurídica por la razón de Estado (nuestra *Homeland Security* actual), sea que a través de la confusión entre política y moral se acepten o desechen las normas legales y los principios inspiradores del ordenamiento positivo cada vez que esos entren en colisión con aquella o aparezca como disfuncionales. Por este motivo, Ferrajoli sostiene que «se produce un cambio de legitimación del sistema punitivo, que regresa, en lo sustantivo, a los viejos sistemas sustancialistas propios de la tradición penal autoritaria, y, en lo procesal, a técnicas inquisitorias y métodos de intervención más propios de la policía que de la Magistratura»¹⁰⁸. Estaríamos, por tanto, no en la normalidad sino en la normalización de la excepcionalidad. Las medidas restrictivas generan una inversión en sistemas tecnológicos, un acomodo de las fuerzas de seguridad y agencias de inteligencia a unos nuevos modos más permisivos y una mayor amplitud de instrumentos legales de obtención de información a los que son difíciles de renunciar. A estas nuevas capacidades de las agencias del Estado se uniría la clara visibilización de la crudeza terrorista a los ciudadanos de todo el mundo a través de las duras imágenes de atentados en el corazón de nuestras ciudades y de la imaginativa y potente propaganda en redes y medios de información variados por parte de los terroristas.

Así, la tóxica flor de la que hablaba Vervaele¹⁰⁹ es epidémica en el actual panorama político criminal porque germinó inicialmente en el campo de las estrategias antiterroristas para, una vez consolidada, expandirse a más amplios espacios de lucha contra la criminalidad. Esta amplitud permite su extensión futura a ciberterroristas que, de manera quizá solitaria puedan poner ellos mismos en jaque a un país. El 11S obligó a plantearse estrategias antiterroristas diferentes como indicó quien suscribe pocas semanas después de los atentados¹¹⁰. A partir de estos elementos, el ciberespionaje y el contraespionaje están llamados a asumir el protagonismo que, frente a formas más arcaicas de terrorismo, correspondía a los instrumentos tradicionales del sistema penal-policial.

1. Mutación de las estructura. Nuevos instrumentos y organizaciones

La dimensión cuantitativa (11-S) y cualitativa (Charlie Hebdo) que ha alcanzado el terrorismo debe llevarnos a reflexionar sobre cuál debe ser el papel del derecho penal. El derecho penal era uno de los clásicos instrumentos que las fuerzas policiales tenían para abordar la lucha o el combate contra el terrorismo; sin embargo, al evolucionar su dimensión, que ya supera a la meramente delictiva y en condiciones de en jaque al propio sistema --algo que históricamente no tenía capacidad para realizar-- lleva al Estado a modificar su forma de afrontarlo.

La labor de agencias de inteligencia y de agencias policiales había estado bien definida hasta la caída

del Muro de Berlín, pero la mayor e intensa labor de los servicios de inteligencia en la lucha contra el terrorismo que se inicia entonces ha supuesto un cambio en su trabajo. Si, históricamente, su implicación era mucho más limitada y relativa a la detección de agentes agresores o terroristas, en la actualidad han abandonado su papel de generadores de inteligencia estratégica para el decisor político para centrarse en el desmantelamiento de redes y tramas terroristas. Por tanto, si bien antes su labor era desactivar grandes tramas, en la actualidad, se ven abocados a trabajar en un campo mezclado con la labor policial de pura operatividad y desactivación de grupos y atentados.

Si antes no era necesario, ya que eran menos los atentados y además se producían en un plano macro, en la actualidad la recurrencia de las acciones, su menor tamaño y su cercanía al mismo corazón de las ciudades hace que no valga con la labor preventiva. A los terroristas hay que detenerlos antes de que actúen y esas pruebas deben ser obtenidas válidamente para poder llevarlos ante los tribunales de

justicia ¹¹¹. Eso presenta dos problemas para los servicios de inteligencia: i) el uso de técnicas que permitan que la información sea válida en un procedimiento judicial, y ii) desarrollar una nueva forma de relacionarse con los tribunales de justicia y las otras partes presentes en el procedimiento. En el pasado, toda esa labor correspondía a las fuerzas policiales pero la inminencia del fenómeno ha llevado a que los servicios deban implicarse en labores otrora de carácter policial.

La confusión, en cuanto que mezcolanza, de seguridad nacional con el derecho penal hace difícil la aplicación de este. En esencia porque si bien la mera apelación a la seguridad nacional amplía su ámbito, su efectiva operativización debe articularse mediante mecanismos legales claros. Por tanto, en este nuevo escenario que afrontan las democracias es necesario adaptar (que no forzar) el Derecho no solo penal sino también procesal para dar respuesta a la actividad terrorista y existen ejemplos crecientes, si bien no generalizados, de cómo emplear a la inteligencia en una especie de «judicialización» de la inteligencia ¹¹². Sin ánimo de exhaustividad, por ejemplo, emplear pruebas obtenidas por los servicios de inteligencia y que no pueden ser puestas en conocimiento ya que supondría una revelación de las fuentes y métodos de los servicios de inteligencia, algo que siempre fue un elemento irrenunciable en la cooperación entre agencias de inteligencia.

El recurso a leyes de emergencia (o no) para afrontar el terrorismo contempla no solo medidas substantivas sino también procedimentales. Las fuerzas policiales en su actividad de búsqueda de información obtienen datos que pueden formar parte de informes de inteligencia o bien los propios servicios de inteligencia obtener información que es suministrada a las fuerzas policiales. Y aquí, en este elemento originario, es donde reside el elemento principal de diferencia. El proceso investigador con conocimiento de la autoridad judicial no siempre se produce de inicio en las actividades de los servicios de inteligencia que, en ocasiones, trabajan con meras sospechas o indicios. En otros casos, la información proviene de otros servicios de inteligencia que intercambian información con el requisito claro y expreso de que aquella no se suministrará a terceras partes y, aquí, las autoridades judiciales nacionales se consideran como tal. Estas características complican sobremanera garantizar un juicio justo conforme a las garantías procesales de los abogados defensores, las víctimas, los confidentes, etc. La inteligencia, por tanto, tendría un papel que jugar en la fase preventiva si bien muy difícil de insertar en la fase represiva.

No parece, por tanto, que el terrorismo pueda poner en jaque a un Estado moderno, incluidas sus Fuerzas Armadas y su aparato de inteligencia, pero su primera victoria sobre el Estado de Derecho --como indica Asúa-- se manifestaría en el conjunto de garantías penales a las que ese Estado ha sido

capaz de renunciar ¹¹³. En esta misma dirección, Terradillos lamenta que «las estrategias político-criminales que, en la tipificación de la delincuencia terrorista del siglo XXI desprecian los elementos estructural y teleológico que, con toda evidencia, caracterizan al terrorismo yihadista, hayan optado por fórmulas que, en su desmesura, permiten, sí, castigar como terrorista al activista de Greenpeace, que pretende obligar a los poderes públicos a alterar una decisión en materia medioambiental; pero no parece que hayan dado con una definición de terrorismo adecuada a sus manifestaciones más preocupantes».

La respuesta del nuevo sistema sí busca la desactivación del terrorismo. Estamos ante una amenaza cuyo daño es grave para la vida democrática, por tanto, la estrategia político-criminal sí va dirigida a prevenir. El elemento vindicativo no sirve ya que muchos de estos terroristas mueren en la acción y el efecto neutralizador es limitado al basarse en mártires y en que su grupo de referencia no es tan homogéneo y cerrado como en el caso de las comunidades en el País Vasco o Irlanda. La pena ineludible y exacerbada no es ya relevante puesto que el sujeto ha desaparecido. Y, las agencias de inteligencia, en sus últimas reformas, se encaminan más a modelos de agencias de investigación

como el FBI estadounidense que a las clásicas agencias de inteligencia. El reto futuro estará en garantizar nuestra seguridad sin dejarnos por el camino las libertades que precisamente buscamos asegurar.

Contraterrorismo ¹¹⁴

José L. González Cussac

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Valencia

I. EL CONTEXTO DEL NUEVO TERRORISMO

En estas breves páginas deseo plantear una serie de reflexiones sobre lo que comúnmente denominamos contraterrorismo. Es decir, el conjunto de respuestas que los Estados y las organizaciones internacionales adoptan y aplican con la finalidad de neutralizar o al menos de disminuir los efectos del terrorismo.

Pero como toda reacción frente a algo, la primera exigencia es de tipo lógico: antes de responder hay que conocer ese algo. Así pues, para poder ofrecer respuestas antes debe procederse a identificar con precisión a lo que se quiere responder.

Siguiendo en el terreno de las obviedades, el terrorismo es un fenómeno social complejo, histórico y en permanente evolución. Por consiguiente, las respuestas necesariamente han de ser complejas, apropiadas a un espacio y a un tiempo, y flexibles para poder adaptarse a los continuos cambios del fenómeno.

Pues bien, cada vez más se va asentando un acuerdo acerca de las características del nuevo terrorismo. Esto es, un terrorismo contextualizado a su espacio y tiempo. Así pues, el terrorismo actual debe analizarse en un escenario geopolítico post-Guerra Fría, y junto a varios fenómenos entre los que destacan sobre manera el conocido como globalización y especialmente la revolución tecnológica. Todo ello, unido a otros factores ha desencadenado una profunda modificación de nuestras vidas, que han generado diversos calificativos: «sociedad del conocimiento», de «post-modernidad», de «sociedad del riesgo», de «sociedad líquida», de «clima de miedo». Y sobre todas ellas, la de mayor impacto ha sido la llamada «época de la *posverdad* o *postfactual*», en donde no importan tanto los hechos, sino la emoción y la percepción que generan aquéllos, que tampoco tienen por qué ser ciertos.

Y en un plano político-social, especialmente en el mundo occidental, estos últimos treinta años han estado hegemonizados por el pensamiento neoconservador. Su traslación al derecho penal ha sido denominada por los politólogos «*populismo punitivo*», que vendría a ser la política criminal de esta ideología neoconservadora ¹¹⁵. Pero la conjunción de globalización y tecnología, añadida a este nuevo espíritu *securitario* y represor, también posibilita nuevas formas de aseguramiento del orden social, puesto que incluso pueden presentar desarrollos en forma activa ¹¹⁶.

Pues bien, el nuevo terrorismo de este tiempo es principalmente enfocado hacia el calificado como *yihadista*, si bien no puede obviarse que subsisten y con significativa intensidad otros grupos terroristas más localizados espacialmente o los vinculados a la extrema derecha, mediáticamente silenciados.

Son numerosas y precisas las aportaciones que desde diversos ángulos precisan las características del terrorismo de nuestro tiempo ¹¹⁷. Sin embargo, aquí voy a centrarme en la perspectiva ofrecida entre otros por BECK, quien subraya que nos encontramos «atrapados en un viejo mundo conceptual». Así, nuestra imagen del mundo se sustenta sobre unas distinciones ya superadas: guerra y paz; milicia y policía; guerra y crimen; seguridad exterior y seguridad interior, etc. La realidad, los acontecimientos y acciones de nuestra civilización actual, han desbordado las categorías clásicas, de modo que es necesario salir de este viejo e inservible marco conceptual, mediante una redefinición del mismo ¹¹⁸.

En este mismo sentido podría afirmarse que viejos fenómenos de delincuencia común, en particular terrorismo, han pasado de ser considerado como simples delitos contra la seguridad interior, hasta alcanzar ahora la máxima categoría de «amenaza» a la seguridad nacional. Así pues, el nuevo terrorismo se encuentra al mismo nivel que los eventuales ataques de fuerzas armadas de países hostiles. Todos los documentos nacionales o internacionales sobre estrategia y seguridad así lo confirman ¹¹⁹. Por consiguiente, desde los atentados del 11 S, el nuevo terrorismo ya no se analiza como una cuestión meramente criminal, sino que comporta otras muchas proyecciones que el viejo terrorismo nunca tuvo. En realidad, se prescribe que está en peligro nuestro sistema de convivencia,

nuestra seguridad nacional, por lo que ya no es un fenómeno que concierne exclusivamente a la administración de justicia, sino que también concierne a otros agentes y organismos enfrentarse a esta amenaza ¹²⁰.

II. UN HÍBRIDO ENTRE AMENAZA Y DELITO

El nuevo terrorismo ya no se analiza como una cuestión meramente criminal y nacional: se ha transformado en una amenaza a escala global con una permanente incidencia en la opinión pública internacional que ha motivado una revisión de las políticas públicas de seguridad y continuas reformas legislativas nacionales e internacionales, sumada a una desconocida colaboración entre Estados.

Por tanto, el terrorismo no puede observarse solo desde la perspectiva tradicional de un delito cuya competencia corresponde exclusivamente a la administración de justicia de cada Estado, sino que al haber mutado a la categoría de amenaza, se ha transformado en un híbrido, al que también ha de hacerle frente otras instituciones como las fuerzas armadas y los servicios de inteligencia. Aunque en todo caso, terrorismo y guerra siguen siendo conflictos de muy diferente naturaleza y consiguientemente regidos por normas distintas ¹²¹.

Con estas breves líneas únicamente quiero subrayar la complejidad y diversidad del fenómeno terrorista, que ya he tratado de perfilar en otros trabajos anteriores y a los que me remito ¹²².

En todo caso es obvio que el terrorismo tiene un impacto lesivo directo sobre los derechos y las libertades de los individuos y además comporta una amenaza para nuestra seguridad colectiva. Por tanto, es evidente que este «primer nivel de impacto» es de suma gravedad. Es por ello que sirve de justificación para llevar adelante las políticas públicas de defensa y seguridad, a la vez que se utiliza para fundamentar importantes modificaciones legislativas, especialmente en el área del derecho penal material y procesal. Así pues, la primera operación de análisis consistirá en determinar los bienes protegidos que se encuentran en riesgo, así como los intereses estratégicos. Es decir, deben determinarse los daños y efectos de un ataque terrorista.

Sin embargo, junto a esta perspectiva sin duda esencial, que atiende al impacto inmediato, también ha de analizarse el efecto que las respuestas políticas y sobre todo normativas tienen justamente sobre el sistema de derechos y libertades. Esta perspectiva en ocasiones se olvida o minusvalora, y es imprescindible considerarla si se pretende ofrecer una respuesta integral al terrorismo ¹²³.

Pues bien, para poder contrarrestar política y jurídicamente al terrorismo, es imprescindible una identificación de los intereses en peligro y una caracterización correcta de la amenaza y su grado de riesgo. Para lograrlo es necesario disponer de una metodología adecuada que analice sus actores ¹²⁴, su contexto y ámbito geográfico ¹²⁵, sus causas, sus vectores y potenciadores ¹²⁶, así como de los medios utilizados para llevarla a efecto ¹²⁷; esa caracterización será imprescindible para configurar las respuestas adecuadas ¹²⁸.

De modo que la segunda operación metodológica necesariamente consistirá en cuantificar la amenaza terrorista mediante indicadores y medidores. Este primer análisis deberá prestar especial atención «*a la hipótesis más peligrosa y a la más probable...*» ¹²⁹. En este sentido, la medición de cómo se siente el riesgo terrorista está directamente relacionada con el éxito de la «manipulación emocional» ¹³⁰ que los actos terroristas pretenden, al tratar por esa vía de obtener un fuerte eco mediático y de influir en las reacciones y decisiones políticas y en las reformas legislativas que deben adoptarse.

En síntesis, es exigible una reflexión detenida acerca de los límites de la precaución. Una cuantificación ligera de la amenaza dejará desprotegidos a los ciudadanos, mientras que una percepción desproporcionada del riesgo provocará posiblemente la adopción de medidas tan ineficaces como injustificadamente entrometidas en la libertad de las personas. La precaución debe, en definitiva, apoyarse en las circunstancias concretas de la amenaza, y estas circunstancias concretas han de determinarse, en la medida de lo posible, a partir de indicadores objetivos y contrastables: informes policiales y de inteligencia, cifras, estadísticas, análisis comparados... y otros que los especialistas en seguridad y defensa consideren apropiados ¹³¹.

III. LAS RESPUESTAS

Una vez identificada y cuantificada la amenaza, el segundo paso es la elección de las respuestas apropiadas para contrarrestarla. El Estado y los organismos internacionales adoptan una serie de

respuestas precisamente para impedir que esos peligros se lleven a efecto o para reaccionar a su consecución. Pues bien, desde el punto de vista de su naturaleza y eficacia, podríamos distinguir entre las respuestas que consisten en un amplio abanico de políticas públicas de seguridad, y en segundo término, las consistentes en respuestas legales o normativas.

Las políticas públicas están formadas por el conjunto de acciones, fundamentalmente de los gobiernos, dirigidas a hacer frente a los problemas específicos que afectan a la seguridad, al bien de las instituciones o al bien de la sociedad. Dichas acciones deben estar respaldadas por un proceso previo de diagnóstico y viabilidad y sus objetivos son de interés público.

Por política pública de seguridad nacional podemos entender el tipo de necesidad colectiva que se busca satisfacer; el modo en que esta se realiza y desarrolla; y el resultado obtenido. De esta forma se facilita una evaluación de los resultados y se accede al conocimiento de los errores o desviaciones que permitirán emprender las modificaciones oportunas para mejorarlos. Es así como podemos aproximarnos al proceso de formalización, aplicación y valoración de una política pública de seguridad ¹³².

Uno de los argumentos que suele esgrimirse para cuestionar la pertinencia de ciertas respuestas dirigidas a proteger la seguridad del Estado y sus ciudadanos es la utilidad real de las mismas, es decir, la capacidad de lograr el objetivo de reducir el riesgo o terminar con la amenaza (eficacia), y de hacerlo utilizando correctamente los recursos para lograrlo (eficiencia). Se trata sin duda de un aspecto muy importante de la legitimación política y social de la acción pública. Esto es especialmente relevante por lo que respecta a la protección de los derechos y libertades individuales. Y esa relación de causalidad entre los medios y el fin perseguido, así como la proporcionalidad entre lo legítimamente pretendido y los recursos consumidos resultan especialmente relevantes a la hora de decidir sobre la legalidad de aquéllos. Porque en opinión de muchos, entre los que me encuentro, esos «recursos» también serían las limitaciones al normal funcionamiento del Estado de Derecho y a los espacios de libertad de las personas ¹³³.

En todo caso, la evaluación de las políticas de seguridad y defensa debe enfrentarse conforme al tradicional estudio de su eficacia y eficiencia. La eficacia de esas políticas viene determinada por la capacidad de lograr el objetivo de reducir el riesgo o terminar con la amenaza. La eficiencia, por su parte, se refiere a la utilización correcta de los recursos para lograrlo. Y por supuesto la evaluación debe diferenciarse entre planos, distinguiendo la evaluación de un acto terrorista concreto ¹³⁴ y la que se proyecta hacia una visión a largo plazo del fenómeno. Lo que a su vez obliga a separar, por ejemplo, entre el análisis de la capacidad operativa del grupo terrorista y la del Estado, de las medidas tendentes a neutralizar el contagio de una ideología radical ¹³⁵.

En cuanto a las respuestas consistentes en normas jurídicas, acudo a un criterio formal conforme al cual incluyo en esta categoría a todas las objetivizaciones de la actividad jurídica del Estado, o de un ente supranacional, que manifiestan su voluntad y son adoptadas a través de un procedimiento formalizado. Es decir, me refiero a todas las fuentes formales de producción de normas jurídicas. También deben considerarse aquí, y es especialmente relevante en los conflictos que afectan a la materia securitaria, los criterios jurisprudenciales que aplican las citadas normas, singularmente los procedentes de tribunales constitucionales y de tribunales internacionales ¹³⁶.

Son manifestaciones de la actividad del Estado o de los entes supranacionales que se aprueban por medio de procedimientos conocidos, adoptan una forma determinada (normativa) y, por lo general, tienen un carácter vinculante. Es decir, materializan normativamente la política criminal inmersa dentro del conjunto amplio de las políticas públicas de seguridad. Es en este sentido donde puede formularse una valoración crítica de una política criminal frente al terrorismo ¹³⁷.

En materia de terrorismo, las respuestas jurídicas conforman el «discurso normativo» que en nuestras sociedades democráticas articula el consenso social en este campo. Dicho esto, es importante no olvidar que las respuestas normativas que se establecen para luchar contra los peligros contra la seguridad se enmarcan en ordenamientos jurídicos ya existentes, ordenamientos que configuran Estados de Derecho constitucionales, donde el principio de legalidad, la limitación de poderes y la garantía de los derechos y libertades fundamentales son pilares básicos. Es por eso que resulta inquietante la inclinación que, en términos generales, apunta a una sobreabundancia de tipos penales, sobre todo precisamente para hacer frente al nuevo terrorismo ¹³⁸.

Es por ello que, a menudo, se orilla o minusvalía el impacto de las respuestas públicas sobre el

sistema de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, se aduce la necesidad de una vigilancia masiva y «por defecto» para prevenir los ataques terroristas. A esta supuesta necesidad de espionaje a gran escala se le presenta además como «indolora» para las personas ¹³⁹. Por consiguiente merece una menor atención de los medios de información y no es percibida como especialmente dañina. Sin embargo, es sumamente intromisiva en el derecho a la privacidad de los ciudadanos: en su derecho a la intimidad, a la protección de datos, al secreto de las comunicaciones ¹⁴⁰ e indirectamente socava la libertad ideológica y de expresión, pues todos sabemos que nuestras opiniones son almacenadas y pueden usarse descontextualizadas en cualquier momento contra nosotros ¹⁴¹. Por tanto, su impacto también se extiende peligrosamente hacia las libertades políticas ¹⁴².

En este punto, al combinar las diferentes clases de respuestas contrterroristas, no debemos olvidar que uno de los rasgos de los procesos democráticos es que, con frecuencia, son demasiado «lentos» frente a la urgencia político-mediática y, en consecuencia, de la opinión pública, para configurar las respuestas a peligros muy presentes en la realidad y en el imaginario social. Este aspecto es utilizado por algunos actores «titulares» de las amenazas en beneficio propio; fundamentalmente por el terrorismo. Así, afirma AZNAR, « *el atentado terrorista... busca su sobrepolitización, y con ella una respuesta inadecuada al reto planteado. Se trata de imponer al Estado la necesidad de una reacción y provocar con ello respuestas emocionales, irracionales y cortoplacistas que no respondan a una estrategia, desenmascaren al Estado y puedan ser utilizadas en beneficio del grupo. El peligro del terrorismo se sitúa habitualmente en la respuesta que se da a los retos que plantea* ». De modo que para una amenaza como el terrorismo resulta imprescindible el manejo de la iniciativa, no dar tregua ni reposo al Estado para la reflexión y determinación de las políticas adecuadas, pues su lucha contra la democracia sólo puede prosperar cuando el Estado de Derecho comete errores en su batalla contra él ¹⁴³.

Justamente con esta idea central es con la que quiero concluir este apartado. La ha descrito con claridad NOAH HARARI, exponiendo algunos datos muy reveladores. La violencia humana históricamente causaba alrededor del 15% de todas las muertes en el mundo. Esta cifra bajó al 5% durante el siglo XX. Y en el inicio del siglo XXI causa el 1% de la mortalidad global. Así, en 2012 murieron en todo el planeta 56 millones de personas, 620.000 a causa de la violencia: debido a la guerra 120.000 personas, al crimen otras 500.000, y al terrorismo en concreto cerca de 7.697. Es por ello que el citado autor se pregunta: «¿ *Cómo es posible, pues, que los terroristas consigan copar todos los titulares y cambiar la situación política en todo el mundo? Porque provocan que sus enemigos reacciones de manera desproporcionada (...). En la mayoría de los casos, esta reacción desmesurada ante el terrorismo genera una amenaza mucho mayor para nuestra seguridad que los propios terroristas* » ¹⁴⁴.

Desde luego estas reflexiones no pueden entenderse como una banalización del terrorismo, especialmente por la tragedia humana que comportan, pero sí son significativas para insistir en que las respuestas deben ser adecuadas, y considerando siempre el impacto que causan en el Estado de Derecho, esto es, en la libertad individual, pilar de nuestra cultura.

IV. LA SEGURIDAD INTEGRAL COMO OBJETIVO DEL CONTRATERRORISMO

En consideración a lo expuesto, al analizar las respuestas de los Estados y entes supranacionales frente a las amenazas a la seguridad, en especial frente al nuevo terrorismo, ha de procederse con una metodología que contemple seriamente una idea de seguridad integral. Y esta idea de seguridad integral requiere también una evaluación de la eficacia y eficiencia de las respuestas sobre el Estado de Derecho, en particular sobre la división de poderes y los derechos y libertades individuales. Exige pues la medición del impacto de las medidas contrterroristas sobre el sistema jurídico, al que afecta de manera directa, profunda y constante.

Sin género de duda el terrorismo representa una grave amenaza para nuestras vidas y consecuentemente precisa de la adopción de respuestas por parte del Estado dirigidas a impedirla, reducirla o gestionar sus consecuencias. Para ello resulta imprescindible evaluar objetivamente la amenaza, pues la ceguera, la inacción, la banalización o una insuficiente respuesta dejan indefensas a la sociedad y a las personas, y además puede generar una agravación del fenómeno en sí mismo y, hasta favorecer la escalada de la violencia y la aparición de movimientos populistas ¹⁴⁵. Pero

igualmente inapropiada puede ser una respuesta excesiva o desproporcionada, porque como certeramente expone ENZENSBERGER en relación al terrorismo islámico, « *la más peligrosa de las consecuencias del terror es la infección del adversario*» ¹⁴⁶.

Si tomamos como objeto la amenaza del terrorismo, comprobaremos cómo « *las lecciones que hemos de extraer de las alarmas excesivas es que los programas para excluir absolutamente el riesgo generan efectos contraproducentes*», porque, por ejemplo, « *la construcción de imágenes terroristas del enemigo matan la pluralidad de la sociedad y de la racionalidad de los expertos, de la independencia de los tribunales y la validez incondicional de los derechos humanos*» ¹⁴⁷.

En materia de contraterrorismo, y en general frente a cualquier amenaza, como nos recuerda INNERARITY, una de nuestras principales discusiones en la sociedad actual, consiste precisamente en determinar el método para valorar los riesgos y las respuestas que debemos adoptar frente a ellos ¹⁴⁸. Pero en todo caso, esta evaluación de las respuestas debe considerar al máximo nivel su impacto sobre el Estado de Derecho y especialmente sobre los derechos y garantías fundamentales. Y si no se hace así, estamos entregando consciente o inconscientemente la victoria a los enemigos, externos o internos, de la democracia.

Inteligencia y contrainteligencia en Chile. El monopolio de la violencia estatal frente al terrorismo y sus distorsiones

Myrna Villegas Díaz

Directora Centro de Derechos Humanos. U. Chile

Cristian Parada Bustamante

Abogado. Magister en Derecho Penal

«*El poder que con formas estatales --es decir, utilizando ese teórico monopolio estatal que es la violencia-- no se somete a derecho es terrorismo en sí mismo*»

(J. M. Terradillos)

I. ANTECEDENTES DEL SISTEMA DE INTELIGENCIA DEL ESTADO CHILENO

Cuando se está ante una dictadura es fácil distinguir entre la violencia opresora y la violencia emancipadora, proviniendo la primera desde el propio Estado, y se identifica con el terrorismo de Estado, y la segunda de quienes luchan contra aquella ¹⁴⁹. Sin embargo, esta distinción no siempre es nítida cuando se trata de democracias que nacen como producto de aquellos regímenes, por cuanto se producen distorsiones en el ejercicio del *ius puniendi*, «en defensa de la democracia, produciendo un vaciamiento de garantías y de libertades fundamentales muy similar al que se producen en los regímenes dictatoriales. Tal es lo que sucede con la actividad de inteligencia del Estado.

Recién iniciada la transición democrática, parte de los grupos armados que lucharon contra la dictadura manifestaron su disconformidad con los términos en la que ésta se había planteado y decidieron continuar con la vía armada. En ese contexto, y a menos de un mes del homicidio del creador del andamiaje jurídico de la dictadura, senador Guzmán Errázuriz por parte del Frente Patriótico Manuel Rodríguez, se dicta el Decreto Supremo N° 363 de 18 de abril de 1991, que creó el «Consejo Coordinador de Seguridad Pública» (alias «La Oficina»). Entidad que nace para proponer medidas relativas a la planificación estratégica y coordinación de las políticas de seguridad pública vinculadas al ámbito terrorista, así como para neutralizar a dichos grupos mediante acciones de inteligencia. Esta estructura se vio prontamente involucrada en situaciones reñidas con el estado de derecho democrático, dentro de las cuales cabe destacar las operaciones para desarticular al destacamento mirista «Pueblo en Armas», en donde participaron agentes infiltrados, y que culminó con la detención, procesamiento y condena de una persona en enero de 1992 en el marco de una operación denominada «Traslado de armas a San Bernardo». Estos hechos fueron investigados por el II Juzgado Militar de Santiago, y más tarde, por la ministra de la corte de apelaciones Raquel Camposano en el marco de las investigaciones por el homicidio del senador, quien incluso solicitó autos de procesamiento en contra de autoridades policiales y políticas de la época ¹⁵⁰.

Por otra parte, en el mismo año 1992 se produjeron dos escándalos ligados al ámbito de la inteligencia, el descubrimiento de los Planes «Halcón» ¹⁵¹ de la PDI y el escándalo de la «Radio Kioto» conocido también como el «kiotazo» o «Piñeragate», por las interceptaciones telefónicas realizadas por la Dirección de Inteligencia del Ejército.

En 1993, mediante la Ley 19.212, se creó la Dirección de Seguridad Pública e Informaciones del Ministerio del Interior (DISPI). Su objetivo fue la de « *recabar, recibir y procesar, en el ámbito de su competencia, los antecedentes y la información necesarios para producir inteligencia*»; en su

estructura existían cinco divisiones, entre las que se cuenta la División de «Análisis y Planificación»; la que se encontraba encargada de *« recibir y procesar los datos, antecedentes e informaciones necesarios para producir inteligencia en el marco de la competencia de la Dirección, y estudiar y diseñar las proposiciones que deban formularse en materia de políticas y planes nacionales en el mismo ámbito»*. La Agencia Nacional de Inteligencia, como lo señala expresamente la Ley 19.974 en su artículo 48, es la continuadora legal de la DISPI. Tanto es así que el primer Director de la Agencia ¹⁵², fue el último de la DISPI. De ella heredó la planta de funcionarios y la estructura orgánica (arts. 48 y 49).

II. ORGANIZACIÓN Y ATRIBUCIONES DEL SISTEMA DE INTELIGENCIA DEL ESTADO CHILENO

Se tiende a denominar la Ley 19.974 como la ley de la Agencia Nacional de Inteligencia (en adelante A.N.I.) toda vez que su creación y organigrama se encuentran en dicha normativa. En el ideario colectivo chileno los Servicios Centralizados de Inteligencia aparecen estrechamente vinculados a actividades de carácter táctico, esto es, de ejecución de políticas de Estado, traducidas en el caso de nuestro país en las operaciones de exterminio realizadas por la DINA (Dirección de Inteligencia Nacional), Comando Conjunto y CNI (Central Nacional de Informaciones) durante el Gobierno Militar. En la actualidad, gracias a ello, la Agencia Nacional de Inteligencia aparece como la heredera por derecho propio de dichos servicios, quedando relegados a un segundo plano los servicios que sí realizan actividades tácticas, como las divisiones de inteligencia de las Fuerzas Armadas y las Policías. En nuestro país existen al menos siete direcciones de inteligencia, de carácter independiente y de los cuales la A.N.I. es sólo un ente coordinador y planificador, por lo que carece de facultades operacionales. En otras palabras, su labor es estratégica, correspondiendo a los servicios de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad las labores de carácter táctico, esto es, de ejecución de las políticas de inteligencia otorgadas en los más altos niveles.

Esta ley trata de delimitar e independizar dos subsistemas que responden a finalidades y lógicas distintas, como son la Inteligencia Militar y la Inteligencia Policial, la primera que funciona bajo la finalidad de destruir a un enemigo externo, en una lógica de guerra, y la segunda que funciona bajo la finalidad de neutralizar la actividad criminal como auxiliares de la administración de justicia. Sin embargo, al no estar definidos legalmente los conceptos de amenaza exterior e interior, la prohibición a los servicios de inteligencia de las Fuerzas Armadas de intervenir en asuntos de orden interno se transforma en una quimera, lo que permitiría a estos organismos un uso dual de sus medios tanto en la función militar propiamente tal como de espionaje político. En este orden, también se aprecia que la Agencia Nacional de Inteligencia, al ser un ente coordinador, de análisis y no recolector directo de información, se encuentra supeditada a las decisiones que, de manera independiente, pueden tomar los Servicios de Inteligencia de los cuales se vale. Ello viene refrendado también por la lectura del artículo 27 de la Ley 19.974, pues señala, en relación a los procedimientos especiales de obtención de información, que cuando el Director de la Agencia solicite que sean realizados, «ellos serán ejecutados, exclusivamente, por la Fuerza de Orden y Seguridad que se indique en la resolución respectiva, la que deberá rendir cuenta al Director de la diligencia encomendada y de sus resultados». Así, la ANI se encuentra en realidad limitada al proceso de análisis, producción y difusión de inteligencia, no pudiendo, por falta de medios, no de facultades, realizar labores operativas. El Ministro del Interior a la época de la discusión de esta ley, José Miguel Insulza, sostuvo que «el Estado debe tener su propio servicio de inteligencia formado por civiles para efectos de no depender exclusivamente de lo que les informen los organismos de inteligencia de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, los que no tienen obligación de proporcionar los antecedentes que manejan, por cuanto son servicios independientes. En razón de ello, concluye que si la Agencia no tuviese funciones operativas, sería incapaz de dirigir y coordinar los servicios de inteligencia del país, y, seguidamente, aclara que aquéllas deben circunscribirse exclusivamente a la contrainteligencia, la inteligencia antiterrorista y las actividades propias del crimen organizado» ¹⁵³.

III. LAS LIBERTADES EN ENTREDICHO: LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN

Las armas reales del sistema de inteligencia están dadas por sus capacidades preventivas, de intervención en la vida diaria de los ciudadanos, ya sea a través de los «procedimientos especiales de obtención de información», que requerirían control judicial, establecidos en el artículo 24 de la Ley 19.974, como también a través del uso de «informantes». Los procedimientos especiales de obtención de información están limitados exclusivamente a actividades de inteligencia que tengan

por objetivo resguardar la seguridad nacional y proteger al país de las amenazas del terrorismo, el crimen organizado y el narcotráfico. Estos procedimientos razonan sobre la base de la existencia de dos clases de fuentes, las abiertas y las cerradas.

Las abiertas corresponden a todas aquellas bases de datos de libre acceso al público, como prensa escrita, registros públicos y, en general, toda aquella información que no tiene privilegio de privacidad. Las fuentes cerradas corresponden a todo aquello que pueda corresponder a la vida privada, en la medida que no se haya renunciado a la misma. Por ejemplo, un perfil de Facebook puede ser público o privado, dependiendo del usuario. La Ley 19.628, precisando el concepto, nos indica que son datos sensibles, con privilegio de privacidad, aquellos «datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas, tales como hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual».

Respecto de las fuentes cerradas, la misión del agente de inteligencia es obtener la apertura de esta última a su conocimiento, y esto se realiza a través de dichos procedimientos, que son enumerados en el artículo 24 de dicha Ley, siendo ellos «*la intervención de las comunicaciones telefónicas, informáticas, radiales y de la correspondencia en cualquiera de sus formas; la intervención de sistemas y redes informáticos; la escucha y grabación electrónica incluyendo la audiovisual, y la intervención de cualesquiera otros sistemas tecnológicos destinados a la transmisión, almacenamiento o procesamiento de comunicaciones e información*».

Todos estos requieren autorización judicial, pero a diferencia de los procedimientos ordinarios, ésta no la entrega un juez de garantía, sino un Ministro de Corte de Apelaciones, por un período de 90 días prorrogables por una sola vez, al término de los cuales la investigación podría perfectamente seguir su curso sin ser nuevamente judicializada. Esta autorización se da sin audiencia del afectado ni de terceros y debe ser fundada. Del mismo modo, la ley nada dice en torno a obligar a los organismos de inteligencia a informar al Ministerio Público acerca de una investigación que estén realizando. Así por ejemplo, un órgano de inteligencia podría iniciar una investigación en contra de un grupo de personas al que estiman es una asociación terrorista y obtener autorización para realizar interceptaciones de celulares y correos electrónicos y no informar durante todo ese tiempo a un Fiscal. Es decir, una actividad no sometida al control jurisdiccional.

Así lo entendió la Corte Suprema al informar el proyecto de ley con fecha 30 de noviembre de 2001: «*como del tenor de las normas del proyecto de ley en comento, relativas al sistema de inteligencia, y que crea la Agencia Nacional de Inteligencia del Estado, aparece que la actuación de la judicatura no está enmarcada en un proceso de carácter judicial, que tienda a investigar la comisión de un hecho que revista caracteres de delito y, por lo mismo, como no tiene carácter jurisdiccional la actividad consistente en conceder o denegar la autorización que solicite el Director o Jefe del Servicio de Inteligencia, y estimando que la utilización de las denominadas técnicas intrusivas y métodos encubiertos, puede afectar garantías consagradas en la Constitución Política de la República, se acordó informar desfavorablemente el proyecto*» ¹⁵⁴.

Además, la ley permite otros procedimientos especiales de obtención de información que no requieren autorización judicial, como es el uso de informantes y el de agentes infiltrados. La ley dispone (art. 31) que los jefes de los organismos de inteligencia se encuentran facultados, sin necesidad de autorización judicial, para que uno de sus funcionarios oculte su identidad inicial con el fin de obtener información, pudiendo introducirse en organizaciones sospechosas de actividades criminales. Para ello, se autoriza la emisión, porte y uso de identidades falsas («documentación destinada a respaldar la identidad creada para ocultar la del agente»). Cabe destacar que los informantes son fuentes para el Sistema de Inteligencia del Estado, no pertenecientes a los servicios de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad, y por lo tanto no están sometidos a los controles reservados para estos. Además, nuestra legislación, al igual que la mayoría de las legislaciones contra el terrorismo, asegura un trato atenuado e inclusive la impunidad a quienes hayan formado parte de grupos armados que depongan las armas y den información útil para la neutralización de dichas amenazas, normativa que cruza la gran mayoría de las hipótesis de criminalidad organizada, tanto en el ámbito nacional como en el Derecho comparado ¹⁵⁵. Al ser normas de carácter general, ellas son aplicables a los informantes.

El artículo 32 de la ley 19.974 indica «*los directores o los jefes de los organismos de inteligencia del Sistema podrán recurrir, sin necesidad de autorización judicial, al uso de informantes, entendiéndose por tales, a las personas que no siendo funcionarios de un organismo de inteligencia,*

le suministran antecedentes e información para efectuar el proceso de inteligencia». Esto debemos relacionarlo a su vez con lo dispuesto en el artículo 41 de la mencionada ley, que dispone «*los funcionarios de los organismos de inteligencia, cualquiera sea su rango o nivel, tendrán derecho a mantener en secreto la identidad de las personas que han sido su fuente de información, las que no estarán obligados a revelar ni aun a requerimiento judicial*».

Así, bastaría recurrir a estos informantes para sortear la prohibición de vulnerar derechos fundamentales. El agente de inteligencia sólo debe corroborar la veracidad de la información obtenida, el cómo fue obtenida le es absolutamente indiferente, y no estarán los tribunales para castigar esos abusos, a menos que se presenten como prueba en un juicio criminal y pudieran ser declarados prueba ilícita. Por lo demás, y en términos generales, la declaración de ilicitud de la prueba se trata de un riesgo asumido ¹⁵⁶, y aunque no puede afirmarse fehacientemente que se trate de una práctica generalizada, ha sido detectada en ocasiones por la magistratura, como ha ocurrido en procedimientos por ley de conductas terroristas tanto en caso de mapuche «delatados» por informantes de la policía ¹⁵⁷, como en otros casos, incluso uno reciente, donde la prueba ha sido obtenida con infracción de garantías ¹⁵⁸. Siempre dentro del procedimiento por ley de conductas terroristas, prueba ilícita obtenida en casos de jóvenes pertenecientes a colectivos anarquistas ¹⁵⁹, y en alguna ocasión en procedimientos por tráfico de estupefacientes ¹⁶⁰, aunque en estos dos últimos casos no hubo informantes pero sí prueba obtenida con infracción legal.

De esta manera resulta un sistema rentable y eficiente, permitiendo un amplio grado de libertad de acción a quienes lo ejercen, con lo que se produce un efecto criminógeno favorable al uso de «*métodos no convencionales*» de obtención de información y que pudieren constituir delitos.

IV. EL SECRETO Y EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA: PACTOS DE SILENCIO Y VULNERACIÓN DE GARANTÍAS

Ahondando en este efecto criminógeno señalado en el párrafo anterior, las actividades del Sistema de Inteligencia del Estado (que es el conjunto de todas las direcciones de inteligencia de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad, coordinadas nominalmente a través de la Agencia Nacional de Inteligencia y el Comité Asesor de Inteligencia) son de carácter secreto, al punto tal que los agentes del sistema tienen prohibición absoluta y por toda su vida de revelar las actividades que hayan realizado en función del cargo (art. 38). Esta obligación de guardar secreto sobre los antecedentes e informaciones que se obtengan de estos procedimientos alcanza también a aquellos que, sin ser funcionarios de estos organismos, tomen conocimiento de las solicitudes para la ejecución de procedimientos especiales de obtención de la información, de los antecedentes que las justifiquen y de las resoluciones judiciales (art. 40), lo que se ha traducido en algunos casos en que si una persona (un estudiante) presenta un recurso de amparo por una detención ilegal en el marco de un control de identidad que termina en detención, y se allega al ministro de corte de apelaciones un informe de un servicio de inteligencia de las policías, solo los jueces han podido conocerlo, ni siquiera el propio afectado por la medida ¹⁶¹.

Ahora cabe la legítima pregunta respecto de qué ocurre en lo referido a los particulares sin relación funcionaria con el Estado frente a la información de inteligencia que recibieren de los agentes del sistema, como la prensa, situación que también se ha producido, y recientemente, para justificar las detenciones y medidas cautelares de prisión preventiva de dirigentes indígenas en el marco del conflicto de tierras, las cuales fueron dejadas sin efecto por la Corte Suprema ¹⁶². Se trató de la polémica «Operación Huracán», en la que se detuvo a 7 comuneros mapuche el 23-09-2017, acusándoles de haber formado una asociación ilícita terrorista para perpetrar diversos delitos, entre ellos, el incendio de camiones en la región de la Araucanía. Los informes de inteligencia policial y las intervenciones telefónicas supuestamente pertenecientes a los detenidos fueron filtradas a la prensa y divulgadas con lujo de detalles a todo el país ¹⁶³.

Incluso se sugirió por la prensa y por un candidato presidencial que la Universidad de Chile financiaba al «terrorismo», por lo cual solicitaba se nos investigara ¹⁶⁴, dado que uno de los detenidos había participado en una actividad académica el mes anterior a ser detenido. La actividad fue organizada por el centro de derechos humanos dirigido por la autora de este *paper* ¹⁶⁵. Esto demuestra el interés y esfuerzos direccionados de ciertos sectores para impedir que la universidad pública acoja en su seno a los distintos sectores para exponer sus posturas, a la vez que

criminalizarnos por no adherir a sus propósitos utilitarios, y en particular, mostrar nuestro real compromiso de ofrecer un espacio de diálogo para un conflicto que se arrastra desde hace siglos y al cual el Estado de Chile debe dar solución. A la vez muestra, tal como lo diría Terradillos, los excesos del contraterrorismo y su potencialidad para alcanzar a todos los sectores, de los cuales quienes nos desempeñamos en la academia no nos escapamos.

En suma, si bien el Estado ha contemplado algunos mecanismos de control de los órganos de inteligencia, como la intervención de un Ministro de Corte de Apelaciones para aprobar medidas intrusivas, el trámite de toma de razón y la comisión especial de inteligencia de la Cámara de Diputados, tales controles son exiguos, y de alguna manera han favorecido el empleo de este tipo de procedimientos en otras situaciones que no dicen relación con aquello para lo cual fueron diseñados (narcotráfico, terrorismo, y crimen organizado).

Así por ejemplo, el recurso de amparo ya citado, presentado en favor de un estudiante. También, y en el contexto del conflicto territorial en el sur de Chile, en el marco de la investigación por el incendio al fundo Pisué Pisué (enero 2013) parte de la prueba que se allegó a este juicio, cuya acusación fue por el delito de incendio común (y no incendio terrorista) fue obtenida por los servicios de inteligencia policial coordinados por la ANI, que venía investigando desde 2012, las actividades de oposición de grupos mapuche a la instalación de hidroeléctricas en la comuna de Río Bueno, específicamente el proyecto Pilmaiquén. La prueba fue excluida por el juez de garantía, pero reincorporada por la Corte de Apelaciones de Valdivia. Se condenó en este juicio a la machi Millaray Huichalaf, cuyas comunicaciones habían sido intervenidas, como encubridora del delito de incendio a una pena, si bien baja, no menos estigmatizante.

La sentencia deja establecido en forma expresa que para fundamentar su decisión no considera la prueba obtenida mediante la ANI, sin embargo ello suscitó duda no solo por el tenor del voto de minoría, quien creía que lo procedente era la absolución, al desestimar como prueba, entre otros, el tráfico de celulares ¹⁶⁶. Existe una denuncia presentada ante la Comisión Interamericana por vulneraciones al Pacto de San José de Costa Rica, haciendo presente que las investigaciones que los servicios policiales venían haciendo de grupos opositores a las hidroeléctricas era una «situación que fue reconocida en el juicio oral por el oficial investigador de la PDI y por los funcionarios de la misma institución que actuaban bajo la ley que creó la Agencia Nacional de Inteligencia. Estos últimos agentes del Estado reconocieron que la reclamante era desde hace años objeto de investigación, consistente en seguimientos, interceptaciones telefónicas y otras formas de pesquisa, no por ser imputada de un delito determinado, sino por su carácter de autoridad tradicional mapuche, específicamente Machi de la comunidad El Roble Carimallín de la comuna de Río Bueno, opositora a la instalación de proyectos industriales en el territorio tradicional Williche». Esto es de suma relevancia puesto que en Argentina se está discutiendo la solicitud de extradición del dirigente mapuche Facundo Jones Huala por estos hechos ¹⁶⁷.

Ahora bien, en el marco de la «Operación Huracán», nuevamente se invocaron pruebas obtenidas mediante los procedimientos de inteligencia de la Ley 19.974, en el marco de los procedimientos especiales de obtención de información para casos de terrorismo, para procesar a dirigentes mapuche. En circunstancias que los tribunales ya han investigado a organizaciones mapuche llegando a determinar en dos ocasiones que no existen asociaciones ilícitas terroristas ¹⁶⁸. La única vez que se condenó a un mapuche por este tipo de delito, fue en un procedimiento abreviado, por una asociación que supuestamente conformó con otros, que luego fueron absueltos en juicio oral. Así paradójicamente, tendríamos una asociación terrorista mapuche conformada por una sola persona que era un informante y colaborador de la policía ¹⁶⁹.

Estos procedimientos intrusivos de obtención de información adicionalmente alcanzan también potencialmente a toda la población por cuanto si una persona es familiar, vecino, amigo o incluso abogado defensor de alguna de las personas investigadas con estos procedimientos, puede ver sus comunicaciones interceptadas en forma indirecta, y así vulnerada su privacidad, y en el caso de las defensas, el secreto profesional. Alcanza también, en sus consecuencias, incluso a la actividad académica, como se señaló.

En suma, considerando lo mencionado, pareciera ser que los fines descritos para un sistema de inteligencia del Estado, y en lo que a la invocación de terrorismo se refiere, no son precisamente el investigar actividades de esta naturaleza, sino principalmente a actividades políticas y relacionadas con delitos comunes, lo cual no solo contradice el texto legal expreso, sino que al mismo tiempo otorga una mala señal en torno a la manera a través de la cual el Estado se relaciona con sus

disidencias y los conflictos, la que en todo caso debería ser mediante la vía de la discusión política e ideológica.

Reflexiones actuales sobre la lucha contra el terrorismo

Miguel Ángel Núñez Paz

Catedrático Acreditado de Derecho Penal

Universidad de Huelva

Sirvan estas líneas como exiguo homenaje a alguien que ha dado sentido a mi tarea científica desde sus inicios. Maestro que el tiempo ha permitido convertir en amigo.

Los dramáticos envites terroristas han estado presentes a lo largo de todo lugar y época, y del mismo modo han ido mutando según aquellos lo hacían. Para que la sociedad subsista en paz, resulta necesario pugnar contra estas situaciones (dicotomía Estado de Derecho-terrorismo) ¹⁷⁰ y adaptar los medios a utilizar para combatir según lo vaya requiriendo cada momento histórico. En todo caso, la cooperación en la prevención y represión del terrorismo parece que será cada vez más imprescindible.

Los sucesos provocados por actuaciones terroristas presentan una particularidad que hará compleja y colaborativa la lucha contra ellos, y corresponde a que, aun cuando la acción concreta se dirija a un punto geográfico específico, dicho lugar no será nunca el único que se verá afectado, sino que la conmoción se extenderá en gran medida de forma global, conmocionando, sembrando el desasosiego y generando inestabilidad más allá de las fronteras donde aquellos tienen lugar.

Por todo ello, estos delitos merecen una cuidadosa atención, que abarca desde su prevención hasta su represión, debiendo hacerse para conseguir su control, mayor hincapié en la primera de estas necesidades. Medidas que se han de desarrollar tanto nacional como internacionalmente. De esta forma, se puede decir que la estrategia antiterrorista global de partida no es otra que «*la movilización de la conciencia popular con el fin de apoyar a las instituciones democráticas y aislar a los terroristas*» ¹⁷¹.

Sin embargo, ¿hasta qué punto se pueden definir o ajustar los mecanismos necesarios para combatir estos ilícitos?

Habrà que tener presente que el comportamiento de los terroristas no es único ni es uniforme; dependiendo de intereses y de otros factores, éste variará; es decir, el terrorismo evoluciona conforme lo hace la sociedad. La lucha tiene que evolucionar de la misma manera, pero cuando colisione con los Derechos fundamentales, ¿podrán estos sufrir merma?

Parece que tanto los derechos como las libertades fundamentales son «instrumentos vivos», evolucionan y se adaptan a las necesidades que van surgiendo en la sociedad. Es vital que el Estado los garantice, haga que sean efectivos y no subsistan como meras ideas. No obstante, en algunos casos, dichos derechos y libertades se han visto afectados so pretexto de conseguir la prevención y la represión de los ataques terroristas; es decir, el propio Estado se encarga de garantizarlos y, del mismo modo, de restringirlos.

El Ordenamiento Jurídico español destaca, entre otras cosas, por la importancia que le otorga al principio de legalidad. Sin embargo, éste se ha interpretado en el sentido de poder disminuir los derechos garantizados por la propia Constitución, se entiende que ello será posible siempre y cuando dicha actuación esté normativizada. Pero esta reflexión puede conducir automáticamente a una contradicción: por un lado, se confirma un Estado de Derecho afirmando su cumplimiento; mientras que, por otro lado, es la propia norma la que en ocasiones podría limitarlos.

La disminución de los derechos estaría justificada por referencias como la protección del bien común o del orden democrático; en definitiva, para asegurar el control y el bienestar de los ciudadanos. No obstante, como señalamos, aplicando estas medidas se puede caer en una trampa, ya que ¿hasta qué punto puede el Estado asumir la autoridad absoluta? Cuanto más autoritario sea, aunque lo fuere en virtud de una hipotética seguridad («segurismo») ¹⁷², menos libertad detentarán sus ciudadanos.

La merma de los derechos y libertades fundamentales se relaciona íntimamente con la doctrina del «derecho penal de enemigos» que lleva décadas coleando, y poco a poco se ha ido instalando en las legislaciones de todo el mundo ¹⁷³; desde el punto de vista de esta doctrina y sus seguidores, las restricciones deben realizarse con precaución, puesto que sin duda, «puede conducir a la desaparición de las libertades y a la instalación de un Estado autoritario o totalitario» ¹⁷⁴.

Dicha restricción es limitada a situaciones «claramente» definidas, temporales y excepcionales. Lo cierto es que nuestro Tribunal Supremo establece que todos los comportamientos constitutivos de

delitos terroristas son fundamento suficiente para llevar a cabo las medidas de restricción de derechos, siendo éstas siempre proporcionales a la gravedad de la conducta cometida. A pesar de ello, en estos casos el Estado tiene que respetar las obligaciones procedentes de la normativa internacional de derechos humanos. Las actividades que realicen para combatir el terrorismo no podrán bajo ningún concepto violar ningún derecho humano o libertad fundamental.

Por supuesto, no todos los derechos pueden mermarse, los derechos absolutos, son inderogables, no pueden restringirse en ningún momento. Como ejemplos de estos se pueden citar: el derecho a la vida, la prohibición de torturas, trato degradante, esclavitud y servidumbre...

No obstante, y con todo, también existen aquellos derechos que sí pueden ser restringidos: el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político (PIDCP) afirma dicha posibilidad ¹⁷⁵. Algunos de estos derechos (que ya anunciaba el derecho de enemigos) son: los procesales y *preprocesales*: los relativos a la detención, a la asistencia letrada, los que conciernen a la intimidad, como los registros, la apertura de correspondencia, escuchas telefónicas...

Con todo lo mencionado anteriormente, cabe hacer referencia a la lucha existente (abominable o justa) tanto a nivel nacional como internacional:

- En el plano nacional: a lo largo del tiempo la sociedad civil española ha tenido que convivir con este fenómeno criminal, sin embargo, aunque *aparentemente* extinto en el seno local, el problema está más presente que nunca a nivel internacional.

Para poder combatirlo es imprescindible como punto de partida la cooperación entre todos los países. El hecho de que en España estas actividades aún hayan sido escasas actualmente (salvando, a día de hoy, el lamentable y dramático suceso de Madrid en 2011 y el no menos doloroso de Barcelona en 2017), no sirve para no multiplicar atención; no sólo a nivel internacional, insisto, sino también a nivel nacional, pues «*debido a la existencia de grandes comunidades de emigrantes y la permeabilidad de las fronteras se posibilitaría la actuación de algunos de los grupos terroristas o el mantenimiento de cierta infraestructura*» ¹⁷⁶.

La legislación antiterrorista ha ido modificándose y ajustándose a las necesidades del momento, pudiendo señalarse así, varias reformas que afectan a más de un ámbito. Con éstas, se pretende que todos los sectores de intervención penal queden cubiertos. Dichas modificaciones han ido interviniendo en el plano propiamente penal, pero también en el procesal, en el penitenciario, en el Derecho penal de menores y en el tratamiento a las víctimas del terrorismo.

En este sentido, las medidas que deberán tomarse en el futuro inmediato deberán ir dirigidas a frenar y rechazar cualquier acto terrorista, debido a que tales actuaciones no sólo afectan, obviamente, a la seguridad ciudadana, sino que ponen en peligro la subsistencia del propio Estado.

Eso sí, el respeto al Estado de Derecho debe prevalecer en todo caso, pues si no, será la forma de Estado y su confianza la que fracase. El control y la ejecución del problema deben incrementarse en su prevención y a través del correcto proceder de los Servicios de Inteligencia. El sistema de delitos y penas a imponer tienen que procurar los mecanismos suficientes acordes a los actos cometidos por los terroristas, y no cabe que con ello, que los derechos se vean ni parcialmente afectados, pues en

estos casos parecería estar justificado el punto de vista de Jakobs ¹⁷⁷, en donde el Estado de Derecho tiene que proteger únicamente la pura vigencia del Ordenamiento Jurídico. De este modo, los delitos considerados «de terrorismo», conllevarían una represión mayor a los que no lo sean, adelantándose incluso la intervención penal a los actos preparatorios o formas imperfectas de ejecución.

Sin embargo, nuestro Código Penal ya ha ido tomando forma sobre la base de estas propuestas, algo más que discutibles. Los artículos 371 y siguientes del Código, y más concretamente el artículo 373, regula la calificación propiamente de terrorismo. En este sentido, cabe mencionar varios aspectos

sobre dichos delitos, como son su imprescriptibilidad siempre que tengan resultado de muerte ¹⁷⁸, el cumplimiento íntegro de las penas ¹⁷⁹ y la competencia de estos temas de la Audiencia Nacional.

El terrorismo internacional ha hecho que se ponga en marcha nuevamente la reforma del Código Penal español, teniendo ésta la pretensión de adaptarse a las expectativas y necesidades del derecho internacional. Cabe situarla en el contexto de la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, aprobada el 24 de septiembre de 2014.

Es imprescindible la colaboración y cooperación internacional, la mejora e intensificación de la inteligencia nacional, los «ojos» de las fuerzas operativas, y la persecución de los responsables de este delito, con independencia tanto del lugar de la comisión del hecho delictivo como de la nacionalidad de sus responsables.

De esta forma, medidas como la jurisdicción universal o la extraterritorialidad tienen una gran relevancia en la persecución de estos delitos. El principio de justicia universal, recogido en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de carácter excepcional, tiene que ajustarse a lo que regulen los principios, límites y exigencias del Derecho Internacional Público. Haciéndose de éste además una aplicación restrictiva, en aras a eludir problemas entre los propios Estados.

Una reforma que es inevitable mencionar es la inclusión de la prisión permanente revisable en nuestro Ordenamiento Jurídico, una medida altamente criticada por la doctrina ¹⁸⁰. Dicho mecanismo, así como la imposición de penas de prisión de máxima duración en los casos de terrorismo, se presentan como una más que dudosa solución. Los regímenes especiales que se instauran en estos injustos penales hacen que sea muy difícil, por no decir imposible, conseguir y cumplir los principios impuestos en nuestro Ordenamiento ¹⁸¹.

Independientemente del delito que una persona haya cometido, todos debemos tener la posibilidad de empezar de nuevo. La organización de la vida en prisión debería facilitar la posible reinserción, sin que medidas retributivas o de prevención interfieran e imposibiliten ese derecho. Todos debemos conservar una expectativa de libertad ¹⁸².

Por otro lado, cabe volver a retomar la tendencia reprochable hacia la restricción de algunos derechos fundamentales en aras a obtener una mejor investigación de los delitos de terrorismo. La reforma introducida por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, ha intentado integrar todas las medidas posibles para conseguir dicha merma, contando ya no únicamente con una base jurisprudencial, sino con un tratamiento normativo al respecto. Por esa razón, la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su Título VIII (artículos 545 a 588 octies), regula otras formas posibles de investigación, como son la captación y grabación de comunicaciones orales mediante el uso de dispositivos electrónicos, la captación de imagen, seguimiento o localización, el registro... Estas medidas pueden resultar muy útiles y beneficiosas para el fin que se pretende, que es la investigación de los actos terroristas y a través de eso, la erradicación de estos; sin embargo, estas medidas resultan muy discutibles incluso en el caso de que sean excepcionales y «proporcionales» a cada situación determinada.

En todo caso, independientemente de la legalidad de la existencia y empleo de dichos mecanismos, el proceso debe seguir contando con todas las garantías posibles, el acusado debe seguir teniendo el derecho a defenderse.

Aparte de todo lo reflexionado hasta ahora, el Estado permanece siempre vinculado a la legislación internacional que haya ratificado, pues pasará a formar parte de nuestro Ordenamiento Jurídico, como afirma la Constitución Española en sus artículos 10 y 96 ¹⁸³.

- En el plano internacional: el terrorismo está siendo considerado una de las amenazas más graves para la paz y la seguridad internacional, sobre todo, el terrorismo más reciente y actual, de carácter más difuso. no necesitando el sujeto, en este perfil terrorista, ni siquiera formar parte de una banda, grupo u organización; es decir, considerándose delictiva la acción en la que un terrorista actúa de manera autónoma. Este paradigma novedoso de terrorismo «*se caracteriza por su vocación de expansión internacional*» ¹⁸⁴. Los sujetos implicados, aprovechándose del avance tecnológico, encuentran en internet y en las redes sociales una vía perfecta, bien para sembrar el terror en la sociedad o para realizar llamamientos y proselitismo sobre sus potenciales adeptos en todo el mundo. Debido a estas características que presenta el terrorismo actual y a las facilidades existentes para desenvolverse, además de una cooperación judicial transfronteriza, es absolutamente precisa la elaboración de una normativa homogénea en los diferentes Estados, o al menos lo más análoga posible, para conseguir respuestas más equiparadas y eficaces.

La resolución 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de 28 de septiembre de 2001 ¹⁸⁵, ya ponía de manifiesto la necesidad de potenciar la cooperación internacional incluso mediante acuerdos y convenciones bilaterales y multilaterales, así como la adhesión a las Convenciones y Protocolos internacionales adecuados al problema del terrorismo. Con estas medidas se pretendía abordar aspectos relativos tanto a su prevención como a su represión, buscando asimismo el freno a su financiación y a la preparación de actos terroristas. Esta misma idea la reiteran las resoluciones dictadas posteriormente hasta la más reciente (Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o *la financiación del terrorismo* (conocida como «Cuarta Directiva») y que ha entrado en vigor en 2017 pero que ya lleva años en proceso de readaptación y revisión).

La resolución 2178/2014 ¹⁸⁶ reflejaba ya el nuevo concepto de terrorismo, distinto del que hasta ese momento era tenido en cuenta. Ésta lo calificaba como actos criminales e injustificables, destacando la preocupación por su comisión y centrándose en temas como los combatientes terroristas extranjeros ¹⁸⁷, la previsión de la financiación y de la radicalización del terrorismo, el fomento de la tolerancia política y religiosa, un mayor control transfronterizo y una tipificación legal que hiciera que las conductas delictivas estuvieran consideradas como delitos graves.

Todas estas ideas se han ido reforzando en resoluciones posteriores, incluyéndose las medidas actualizadas en cada momento. De esta forma, vienen tratándose temas como la obstaculización de la financiación terrorista, el cuidado y protección del patrimonio cultural (ya sea para su destrucción o para su expolio); la prevención y represión contra las constantes violaciones de derechos fundamentales y del Derecho Humanitario, la denuncia del reclutamiento y utilización de niños en conflictos armados, y la desarticulación del tráfico de drogas ilegales y estupefacientes.

Dentro del nivel internacional que ahora analizamos, cabe detenerse algo más, siquiera brevemente, en la lucha llevada a cabo desde el ámbito de la Unión Europea. Ésta es la unidad de integración más completa y avanzada existente mediante la que se crea un espacio común entre todos los Estados que forman parte. En ella todos los individuos gozan de libertad de circulación. Sin embargo, además de aportar numerosos beneficios, pues acerca a los distintos Estados y facilita la cooperación entre estos; esta comunidad política de derechos también puede proporcionar diferentes inconvenientes, y es que, tal eliminación de fronteras también trae consigo necesariamente la pérdida de parte de la soberanía de cada Estado a nivel individual y, por ende, la pérdida de control sobre algunas materias relacionadas con la seguridad intracomunitaria, ello provoca a los ciudadanos una creciente sensación de inseguridad (*segurismo*) ¹⁸⁸.

La lucha contra el terrorismo a este nivel adquiere un carácter específico, debido a esa permeabilidad de las fronteras. Resulta necesario, pues, realizar un mayor esfuerzo por parte de todos los Estados miembros para conseguir combatir dichos actos, esto acarrea una gran labor legislativa en el espacio comunitario. No basta, por tanto y únicamente, con las medidas que cada Estado miembro realice de forma individual, sino que ha de realizarse un seguimiento de manera conjunta, tarea que resulta evidentemente mucho más compleja.

De esta forma, el terrorismo para la Unión se convierte en un problema colectivo, independientemente de si hay países que lo hayan sufrido más que otros. Es imprescindible por ello desarrollar una política antiterrorista común.

En todo caso, no debemos olvidar que no se trata de un fenómeno novedoso. Desde la década de los setenta, el terrorismo es uno de los temas que más preocupa a la Unión. Hay una extensa regulación sobre el asunto que se halla dirigida a tratar de cubrir todas las necesidades presentes y conseguir la seguridad pretendida. De esta forma, destacan varios documentos legislativos a lo largo de los últimos tiempos:

a) En primer lugar, puede señalarse el documento realizado por el Consejo Europeo y denominado «*Conclusiones y plan de acción del Consejo Europeo extraordinario de 21 de septiembre de 2001*». Supuso este un cambio en la lucha que se llevaba a cabo hasta ese entonces, debido a la aparición de una forma de terrorismo diferente al existente. En dicho documento se expresan diversas ideas paradigmáticas, como son la aplicación de los Estados de la Resolución 1368 del Consejo de Seguridad ¹⁸⁹ y el llamamiento a una coalición mundial lo más amplia posible contra el terrorismo, en la que no sólo se incluyesen los miembros de la Unión Europea, sino que integrara el mayor número de Estados posibles.

b) Tras ello, conviene aludir igualmente a la «*Estrategia de la Unión Europea contra el terrorismo*», de 30 de noviembre de 2005, donde se refleja el compromiso de lucha global, respetando siempre los derechos humanos. Se parte como *estrategia* de la idea de una Europa en libertad de circulación, de recursos y de tecnologías; una zona en la que seguridad externa e interna deben ir de la mano.

Con el compromiso expresado en la directiva se pretende conseguir una mayor cooperación europea, además de fomentar las relaciones internacionales. Dicho compromiso lo integran cuatro pilares fundamentales:

- La prevención.
- La protección.
- La persecución e investigación, siendo en este sentido muy significativo el intercambio de información entre las autoridades nacionales competentes en cada Estado siempre que se considere

necesario ¹⁹⁰, con el fin de cortar actos como son los de financiación, comunicación o viajes.

- Y finalmente, el ofrecimiento de una respuesta coordinada y propicia para minimizar las consecuencias de los actos terroristas, centrándose en proteger a las víctimas de dichas acciones.

c) Cabe destacar de la misma forma otros dos textos normativos, dos Decisiones Marco del Consejo de la Unión Europea. Por un lado, la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, en donde los delitos de terrorismo se consideran como una de las violaciones más graves de los derechos y principios fundamentales. La realización de esta Decisión tenía varios objetivos: intentar delimitar el concepto de delito de terrorismo en los Estados de la Unión Europea, tipificar dichos delitos ¹⁹¹ y sancionarlos conforme a la gravedad de los hechos cometidos, estableciendo normas de competencia para que todo tipo de acto delictivo pudiera ser tratado y adoptar, en este sentido, una serie de medidas que asegurasen la protección y apoyo a las víctimas de dichas actuaciones.

Por otro lado, la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, que reforma la decisión anterior, modificando la del 2002 debido al crecimiento de la amenaza y al cambio en la forma de actuar de los terroristas y de sus seguidores ¹⁹².

d) También es cardinal el Protocolo Adicional de 15 de junio de 2015 del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo de 2005. El objetivo de este Protocolo no es otro que complementar lo dispuesto en el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo. Se vuelve a poner de manifiesto que los Estados miembros, además de cumplir las medidas nacionales e internacionales sobre el tema, deben conseguir un intercambio de información entre ellos siempre y cuando existan motivos para pensar que los datos a aportar pueden ser importantes para la prevención, investigación o represión del terrorismo. Este texto destaca temas como son el adiestramiento con fines terroristas, los viajes al extranjero con dichos fines y la financiación y organización de dichos viajes.

e) Por último, cabe destacar la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 ¹⁹³, relativa a la lucha contra el terrorismo. Con ella, se pretende revisar el marco normativo que rodea al terrorismo, readaptándolo y mejorándolo. Se sustituye la Decisión Marco 2002/475/JAI, para conseguir una regulación de los hechos más acorde a la actualidad, y también para implementar en el Derecho de la Unión Europea las obligaciones internacionales a las que se hace referencia en textos como la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el Protocolo Adicional al Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo (CETS 196), y las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera sobre la financiación del Terrorismo (GAFI).

Esta Directiva aborda varios asuntos, como la amenaza, no solo de los combatientes terroristas extranjeros, sino también de los autóctonos; la preocupación por la utilización de Internet y de las nuevas tecnologías con fines, no únicamente de difundir sus mensajes y sembrar el miedo entre la sociedad, sino también de interactuar y comunicarse con sus adeptos; y, de nuevo, se revisa la protección de las víctimas del terrorismo.

Por lo expuesto, ha parecido necesario sustituir la Decisión Marco por dicha Directiva, ya que siendo un proyecto más completo permitiría una prevención más eficiente en todo lo concerniente al problema terrorismo.

De esta manera, todos los Estados miembros, respetando las obligaciones que les compete el Derecho Internacional, deben ahora claramente cooperar para luchar contra los combatientes terroristas extranjeros. Recordemos que se trata de evitar conductas diversas y, en algunos casos, altamente peligrosas como la financiación de actos terroristas, la radicalización, el traspaso ilegal de las fronteras estatales con fines terroristas... Todo ello, hará la lucha más eficaz mediante la puesta en práctica de nuevas estrategias de enjuiciamiento, rehabilitación y reintegración, realizadas y llevadas a cabo de común acuerdo entre todos los Estados, siempre con el ineludible respeto a los derechos fundamentales.

Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal *

María Luisa Cuerda Arnau

Catedrática de Derecho Penal

Universidad Jaume I de Castellón

I. LA HUELLA DE JUAN TERRADILLOS

Durante la elaboración de mi tesis doctoral allá por el año 1988 apareció en Tecnos un librito cuyo diminuto tamaño era inversamente proporcional a las valiosas enseñanzas que contenía. En

Terrorismo y Derecho ¹⁹⁴ el profesor TERRADILLOS nos alertaba de los peligros que acechaban tras lo que llamó una «democracia acorazada» en la que «en detrimento de los principios declarados fundamentales, se legitiman y refuerzan los efectos de la tendencia siempre extensiva de la legislación de emergencia» ¹⁹⁵, uno de los cuales, advertía ya en 1991 Terradillos, es la visibilización de un enemigo externo como medio de consolidación de la identidad y coherencia propias, o, si se quiere, como autoafirmación del poder estatal ¹⁹⁶. Asimismo, denunciaba la interesada renuncia por parte de todos los partidos a plantear un verdadero debate político sobre hasta dónde estamos dispuestos a renunciar a los derechos y libertades constitucionales en pro de una seguridad y eficiencia que, por otra parte, se cuidaba de poner en entredicho. Ya entonces sentí admiración por quien de modo tan rotundo alzaba la voz contra ese estado de cosas y lo hacía con el inapelable argumento de la razón jurídica v. la razón de Estado. El paso de los años no ha hecho más que acrecentar el respeto intelectual por su obra, que es toda ella un compromiso sincero con los valores que profesa. Esa coherencia vital es uno de los rasgos que definen su carácter y provoca en quien lo conoce la tranquilidad --o el desasosiego, depende-- de saber que te está diciendo exactamente lo que piensa. He tenido la suerte de compartir con nuestro homenajeado durante años la coordinación del Grupo de Estudios de Política Criminal y allí se forjó el afecto, que es, a la postre, lo que de verdad importa y lo que motiva que agradezca muy sinceramente a todos sus discípulos que me hayan invitado a participar en este acto de reconocimiento y cariño.

II. DE LAS LEYES ORGÁNICAS 3 y 4/1988 a las LEYES ORGÁNICAS 5/2010, 2/2015 y 13/2015 ¿EN QUÉ HEMOS AVANZADO?

En *Terrorismo y Derecho*, el Profesor TERRADILLOS sometió a dura crítica las LO 3 y 4/1988, de reforma del Código penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respectivamente. Los ejes centrales de su crítica siguen hoy tan vigentes que veintiocho años después nuestro homenajeado vuelve a poner de manifiesto que las sucesivas reformas destilan la misma aversión por las garantías, se impulsan desde el más descarado populismo y se implantan al margen de una rigurosa evaluación acerca de su eficacia ¹⁹⁷. Y es que, ciertamente, en líneas generales, podemos decir que esas tres características siguen tan vigentes como entonces, sin perjuicio de reconocer que, además de los avances en materia de cooperación internacional, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sí que representa un paso adelante, cuya longitud, sin embargo, se queda muy por debajo de lo requerido por el nuevo espacio criminológico ¹⁹⁸.

En efecto, las sucesivas reformas en materia de terrorismo no han hecho sino confirmar que la tentación involucionista que Terradillos denunciaba en 1988 se ha instalado definitivamente en nuestro sistema de justicia penal. El ejemplo del autoadocctrinamiento («orwelliano crimen de pensamiento») ¹⁹⁹ habla por sí mismo. Por otra parte, la excepción está tan «normalizada» que ningún Grupo Parlamentario se atreve a alzar demasiado la voz con discursos que no sólo resultarían impopulares frente a un amplísimo sector de la ciudadanía, sino que --y esto es más preocupante-- tampoco serían bien recibidos en instancias jurídicas que, como la Fiscalía General del Estado, reciben gozosas este tipo de medidas ²⁰⁰; hasta el punto de que en la última Memoria (2016) solicita nuevos incrementos de las penas, así como modificar el catálogo de tipos delictivos para, entre otras cosas, considerar como delitos de terrorismo las falsificaciones documentales que favorezcan o faciliten estas actividades e incorporar también en el art. 573 CP los delitos menos graves y leves cuando se cometan con las finalidades establecidas en el indicado precepto (y no sólo los delitos graves como dice el texto actual) ²⁰¹. A lo anterior se añade, como criticaba TERRADILLOS, el que las reformas no hayan venido acompañadas de la más mínima evaluación normativa, extremo que, si bien es común al conjunto de leyes penales ²⁰², resulta especialmente preocupante cuando se proyecta sobre la principal amenaza que se cierne sobre la seguridad del Estado.

Entre tanto, hay que preguntarse qué se ha hecho, por ejemplo, para conseguir que los programas de desradicalización en las prisiones tengan posibilidades reales de ser efectivos ²⁰³ o qué resultados --si es que los hay-- han arrojado las previsiones contenidas en el Plan Estratégico Nacional de lucha contra la Radicalización Violenta ²⁰⁴. Por otra parte, no es menos urgente ampliar la plantilla de Fiscales de la Audiencia Nacional, habida cuenta del sustancial aumento de las investigaciones por delitos de terrorismo ²⁰⁵. Por lo demás, los recientes atentados en Barcelona y Cambrils (agosto 2017) dejan al descubierto la necesidad de reforzar la coordinación policial e incrementar el número de

efectivos con conocimiento de árabe y, en general, de la cultura islámica. En suma, el panorama ha cambiado y queda mucho por hacer pero el diseño de la estrategia para combatir el terrorismo sigue la fórmula «más de lo mismo». En lo que sigue, me referiré exclusivamente y con la brevedad que se nos ha pedido a uno de los aspectos más polémicos de la LO 2/2015: la sanción penal del autoadocctrinamiento y otros delitos de expresión como componente del fenómeno de radicalización.

III. ALGUNAS CUESTIONES BÁSICAS SOBRE EL TRATAMIENTO JURÍDICO PENAL DE LA RADICALIZACIÓN

1. Radicalización de jóvenes vulnerables

Como subraya por segundo año consecutivo la FGE ²⁰⁶, asistimos a un preocupante incremento de diligencias por terrorismo yihadista incoadas contra jóvenes --y cada año contra más mujeres-- que son captados, adoctrinados, reclutados o adiestrados para incorporarse al DAESH. Los recientes atentados en Barcelona y Cambrils son una buena muestra de que, en efecto, la presencia de jóvenes en las filas del yihadismo es abrumadora. De tal fenómeno ya daba cuenta el informe de EUROPOL/2015, correspondiente al año 2014, que cifraba en el 44% los arrestados por delitos de terrorismo inspirados en motivos religiosos de edad inferior a 25 años ²⁰⁷, y advertía del considerable aumento que en ese año se produjo en el número de mujeres jóvenes y menores europeas que se han instalado en Irak y Siria ²⁰⁸. Dadas las razonables limitaciones que se nos han impuesto, no es posible entrar en detalles, pero sí que hay que insistir en que este extremo debe condicionar cualquier programa de acción frente a este tipo de conductas en tanto que protagonizadas por jóvenes vulnerables, que responden al perfil de hijos de inmigrantes, con escasos recursos y problemas de fracaso escolar. Ello obliga a considerar seriamente que la respuesta que debe darse desde el sistema de justicia penal no debe ignorar que la mayoría de los captados --formalmente responsables de un delito de terrorismo-- no dejan de ser, además de potenciales verdugos, víctimas de las organizaciones y, en última instancia, de un proceso inadecuado de integración ²⁰⁹. Prever agravaciones para los casos en que las conductas de captación, adoctrinamiento o adiestramiento se dirijan a menores (art. 577.2, p. 3) es, de todo punto, insuficiente.

2. Límites constitucionales al castigo de la radicalización

2.1. La inutilidad del concepto a efectos penales

Los medios de comunicación y también la normativa y directrices comunitarias o las propias agendas nacionales de seguridad se sirven del vocablo «radicalización» para referirse al proceso que lleva a una persona a adoptar una actitud o una postura de mayor intransigencia o fanatismo, que, en el caso que nos ocupa, suele ir conectado a las ideas de yihadismo, fundamentalismo o integrismo islámico.

Sin perjuicio de que sea posible elaborar un concepto más riguroso ²¹⁰, soy escéptica respecto a su utilidad a efectos penales ya que su consustancial indeterminación es incompatible con las exigencias derivadas del principio de legalidad. Como bien señala FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ ²¹¹ es un vocablo que está necesitado de ulteriores precisiones por cuanto bajo ese paraguas lingüístico se cobijan conductas de naturaleza muy diversa, cuyo tratamiento jurídico no puede ser uniforme ²¹². En tal sentido, por ejemplo, es obvio que las actividades de reclutamiento y adiestramiento --incluido el autoadiestramiento en técnicas de combate-- merecen un tratamiento jurídico-penal muy distinto al que, eventualmente, se decida deparar a conductas limítrofes con el ejercicio de derechos fundamentales. De ahí que el análisis crítico deba centrarse en cada una de las concretas figuras, rehuendo referirse al conjunto de ellas como una suerte de fenómeno jurídico unitario. Y lo propio hay que hacer cuando se trata de enjuiciar conductas, pues, aunque sus responsables sean individuos que han pasado por un proceso de fanatización más o menos similar, lo enjuiciado son los hechos y no sus autores.

2.2. Crítica al castigo de la propaganda, las apologías débiles y los delitos de expresión: el adoctrinamiento como paradigma

Con ser muy criticables muchos de los extremos de la reforma de 2015, probablemente pocos tipos plantean tantos problemas de colisión con derechos fundamentales como los que incluyo bajo la --discutible pero gráfica-- fórmula genérica de «propaganda, apologías débiles y delitos de expresión», referencia en la que me permito englobar las conductas previstas en los artículos 575, 577.2, 578 apartado 1 y 579 del Código penal, si bien aquí, por razones de espacio, limitaré mi atención a las referidas al adoctrinamiento pasivo/activo

Artículo 575

El delito de adoctrinamiento previsto en el artículo 575 pretende hacer frente al hecho constatado de que el terrorismo yihadista promueve un sistema de captación y capacitación completamente distinto del que venía siendo utilizado por los fenómenos terroristas clásicos, en los que ambas conductas eran dirigidas y controladas desde la organización ²¹³. Ante ese estado de cosas, el artículo 575 tipifica las conductas de adiestramiento en técnicas de combate y adoctrinamiento, además de incriminar a los denominados combatientes extranjeros conducta que dejaré de lado porque no plantea en absoluto la misma problemática aunque comparta con las anteriores el adelantamiento de la línea de defensa y, paradójicamente, la pena. Se castiga tanto el hecho de recibir tal adoctrinamiento/adiestramiento (número 1) como el hecho de procurárselo por sí mismo (número 2). De los diversos problemas que el precepto suscita interesa ahora el referido al alcance del tipo de autoadoctrinamiento, que castiga tanto la capacitación técnica para cometer actos de terrorismo como el autoadoctrinamiento ideológico. Esto último es lo verdaderamente problemático. Se trata, como dice CAMPO MORENO ²¹⁴, de un «puro preacto preparatorio», que, matizo, es individual, con todo lo que ello comporta en términos de ofensividad y, sobre todo, de intervención mínima. A ello hay que añadir otros reparos. De un lado, sus perfiles difusos constituyen una auténtica amenaza contra los derechos fundamentales a las libertades ideológica y de expresión y al derecho a la información. Muchos hemos tenido ocasión de referirnos a estos peligros y, dadas las limitaciones a que debemos ceñirnos, me remito a lo que otros autores y yo misma hemos dicho ²¹⁵, aplicado a quien pasa por un proceso que va desde el victimismo hasta la justificación de la violencia, pero sin necesidad de que el «radicalizado» emprenda acción alguna. Es más, si la emprende, los tipos aplicables debieran ser otros, ya sea la integración en organización terrorista (art. 572.2) ²¹⁶, el enaltecimiento (art. 578) o las modalidades de incitación y actos preparatorios clásicos previstos en el art. 579.

Si se repasan las recientes resoluciones de la Audiencia Nacional sobre el particular se verá que cuando se está ante un individuo que, como expresamente se lee en los hechos probados, «se ha radicalizado», se producen, al menos, los siguientes errores, algunos de hondo calado:

a) incluso en relación con conductas que ya podían sancionarse antes de la incorporación del art. 575, sucede que, al descartar *ab initio* en base a discutibles criterios concursales ²¹⁷ otros preceptos, se imponen sanciones superiores a las que resultarían de aplicar, por ejemplo, los arts. 578, 579 o 510.

b) se aplica el art. 575 presumiendo --o directamente prescindiendo de ese elemento típico-- que concurre la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en el Capítulo, pese a que ello debiera ser objeto de prueba. Además, por tratarse de un elemento subjetivo del injusto, dicha prueba no es enteramente deducible del simple contenido de los documentos. Se olvida, pues, que lo castigado no es el autoadoctrinamiento por mucho que éste culmine con la justificación de la violencia (que, según el caso, podrá derivarse al enaltecimiento), sino el que persigue aquella concreta finalidad, que no es, pese a lo que dice la SAN 38/2016 ²¹⁸, la de «formarse y adoctrinarse», sino la de «capacitarse para cometer alguno de los delitos...». Prescindir de esto resulta especialmente grave si se tiene en cuenta que el precepto incorpora una suerte de presunción *iuris tantum*, por cuya virtud, en primer lugar, se entenderá que comete este delito quien (con tal finalidad) acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines (art. 575.2, p 2). En segundo lugar, lo mismo rige para quien (con la misma finalidad) adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines (art. 575.2, p 3), sin que, como se observa, sea preciso siquiera que haya accedido a sus contenidos. En definitiva, la lesividad deriva del elemento subjetivo del injusto y obviar tal dato podría suponer castigar, sin más, el acceso a ciertas webs o la mera tenencia de los referidos documentos.

c) en general, se echa en falta un mayor esfuerzo argumental a la hora de justificar la idoneidad objetiva del material en cuestión «para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines».

d) en suma, lo que parece determinante es acreditar que el sujeto está completamente adoctrinado o, como dice la SAN 38/2016, de 7 de diciembre «ha asumido los postulados del Estado islámico» (FJ 2º) ²¹⁹. He aquí el gran problema. Se están derivando a esta figura conductas de muy diverso signo y,

entre ellas, algunas que representan el legítimo ejercicio de derechos fundamentales y son, dicho de manera simple, un mero crimen de pensamiento en el que, como se lamentaba VIVES ANTÓN en relación con el pacto antiyihadista, «se pretendía castigar simples manifestaciones de voluntad al margen de que existiese o no «el paso al acto» ²²⁰. El legislador de 2015 ha olvidado con ello que preceptos de este tipo encierran el peligro de que lo que no dejan de ser meros indicios se interpreten conforme a los recusables patrones del derecho penal de autor ²²¹ y acaben constituyendo auténticas presunciones de culpabilidad, destruyendo, así, la garantía que constituye la piedra angular del Estado de Derecho.

Para terminar, sólo decir que aquí no se pretende menospreciar el valor que a ese tipo de conductas puede otorgarse como indicios de criminalidad que permitan iniciar las investigaciones --y, en su caso, adoptar medidas limitativas de derechos con la oportuna autorización judicial-- ²²², sino de poner de manifiesto que convertirlas en delito, representa un salto cualitativo cuyas consecuencias en términos de libertades pueden ser devastadoras.

Artículo 577.2

La conducta de recibir adoctrinamiento/adiestramiento tiene su correlativa en la sancionada como colaboración en el artículo 577.2, por cuya virtud se castiga con penas de prisión que pueden llegar a los diez años a quienes lleven a cabo --además de otras conductas cuya punición es inatacable-- cualquier actividad de «adoctrinamiento», acepción a la que se dota de autonomía frente a la de «captación», lo que sugiere que el legislador quiere castigar, de un lado, la conducta que persigue el ingreso del sujeto en el grupo (captación) y, de otro, la dirigida a inculcar a alguien determinadas ideas o creencias, que eso es, según el diccionario de la RAE, lo que significa adoctrinar. Siendo así, de nuevo se suscita un posible conflicto con el derecho fundamental a la libertad de expresión, lo que obligará al intérprete a dejar fuera cualesquiera conductas que sean ejercicio del derecho. Dando tal cosa por sentada y, aún dejando al margen los enredos concursales congénitos a la reforma 2015 (cfr. art. 579), el precepto plantea, al menos, los problemas siguientes:

a) Existe el riesgo cierto de dar entrada en el mismo a conductas limítrofes con los derechos fundamentales previstos en el art. 20 CE con el consiguiente efecto de desaliento para el ejercicio de los mismos ²²³. En este sentido, por ejemplo, es de prever que no haya acuerdo acerca del tratamiento que merezcan las conductas de mera propaganda *desvinculada de todo componente incitador*, antes residenciadas en el art. 579 bajo la ambigua fórmula «alentar o favorecer», que hoy ha desaparecido de dicho precepto. Tales conductas, que antes de la reforma se estimaban residenciadas en el art. 579, se sustanciaban, como dijera CANCIO ²²⁴, en meros actos de propaganda, razón por la cual recibieron la justa crítica de la doctrina. Sería, pues, un despropósito que ahora prosperasen interpretaciones que las residencien en la flexible modalidad de adoctrinamiento-colaboración ya que tal cosa supondría poder sancionarlas con penas que quintuplican las que hasta ahora podían imponerse a tenor del precepto del que han desaparecido. Una mera interpretación sistemática --a la que se añade el argumento histórico-- debiera conducir a entender que el adoctrinamiento tipificado como conducta de colaboración debe ir más allá del simple alentar o favorecer y debe constituir, cuando menos, una incitación *directa* a la incorporación del adoctrinado a las filas del grupo terrorista. Sin embargo, no es esta la interpretación que ha prosperado en la SAN 39/2016, de 21 de diciembre (sc 4ª), en la cual se castiga por igual a todos los acusados pese a que lo único probado con respecto a algunos de ellos es la realización de actos de enaltecimiento, propaganda, y proselitismo no individualizado (pena prisión: 5 años y seis meses).

b) De no interpretarse restrictivamente, se diluye la frontera entre el autoadoctrinamiento y el adoctrinamiento constitutivo de cooperación, ya que, como evidencia la práctica, lo normal es que quien atraviesa un periodo de autoadoctrinamiento comparta en las redes sus inquietudes, pensamientos, videos, documentos, etc, lo que, según la interpretación acogida en la sentencia citada, excluiría la aplicación del art. 575 en beneficio del más grave art. 577.2.

c) Resta subrayar, por último, que no es claro el que pueda sancionarse de manera autónoma esta conducta si se lleva a cabo por un miembro de la organización ya que se trata de una labor consustancial a las que se asigna a los integrantes de una organización y sin entidad suficiente para constituir por sí misma un injusto independiente, pues, a fin de cuentas, se puede considerar un peligro consumido en el peligro abstracto en que se fundamenta el castigo de la pertenencia al grupo (arts. 571 y 572 CP) ²²⁵.

IV. CONCLUSIONES

Aquí se han puesto de manifiesto sólo algunos de los problemas que suscitan los tipos de adoctrinamiento. Todos ellos son fruto de una decisión político-criminal con la que se pretende cerrar el paso a todo discurso que potencialmente pueda poner en peligro el modelo democrático. No podemos, pese a lo que un sector ha sostenido, reprocharle que se trata de una reacción ante conductas inocuas, pues parece insensato negar a ciertos discursos su idoneidad para poner en peligro las mismas bases del sistema. El problema es que esa extraordinaria ampliación de los márgenes del denominado «discurso del odio» sólo se explica en un modelo de democracia militante que, por mucho que dijera en su momento el Tribunal Constitucional, hay que entender definitivamente instalado en nuestro ordenamiento penal. Ese es el principal problema: hemos integrando en la normalidad de nuestro sistema sancionador medidas absolutamente excepcionales cuya consolidación indica que estamos ante democracias enfermas. Urge, pues, repasar detenidamente el conjunto de preceptos subsumibles en las fórmulas --no asimilables-- de «discurso extremo» y «discurso del odio» con tres objetivos inmediatos:

- 1) poner de manifiesto si de entre tales preceptos hay alguno/s que deban ser expulsados del sistema por invadir el contenido esencial de un derecho fundamental y no ser susceptibles de una interpretación conforme con la CE;
- 2) indicar cuáles son aquellos otros que, sin incurrir en tan burda inconstitucionalidad, exigen ser interpretados restrictivamente para evitar que, como se dice en los votos particulares a la STC 112/2016 y a la STS 4/2017, supongan una reacción desproporcionada e impropia de un Estado de Derecho; y
- 3) clarificar, a la luz de lo anterior, el elenco de conductas que son legítimamente punibles.

Nota de cierre: la recientísima STS 354/2017, va en la dirección correcta y merece un comentario que, por respetar la extensión y plazos exigidos, no puedo realizar ²²⁶.

Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»

Juan Carlos Carbonell Mateu

Catedrático de Derecho Penal

Universitat de València

«Todo "Libro-Homenaje" a un profesor universitario es mucho más que un conjunto de aportaciones científicas. Refleja, de ordinario, la gratitud de sus más próximos discípulos y el respeto que, en lo personal o en lo profesional, le dispensan un círculo más amplio de colegas. Un "Libro-Homenaje" da fe, por tanto, de la personalidad y proyección del personaje homenajeado». Con estas palabras, que ahora vienen a cuento, comenzaba Juan Terradillos su intervención en el Homenaje, que desgraciadamente había devenido póstumo, a su Maestro, el Prof. Marino Barbero Santos preparado con anterioridad como fiesta de entrega del Libro-Homenaje acometido con motivo de su jubilación. Ahora, que a él le toca recibir el suyo, quiero dar fe de ese respeto convertido en amistad, tanto en lo personal como en lo profesional, que le dispense desde que coincidimos, a finales de los setenta, en aquel complejo, difícil y a la vez apasionante Departamento de la Complutense en el que ambos habíamos recalado siguiendo a nuestros respectivos Maestros. Después hemos vuelto a coincidir muchas veces y quiero destacar la Presidencia del Grupo de Estudios de Política Criminal.

I. LOS SENTIMIENTOS COMO BIEN JURÍDICO-PENAL

La afección a la libertad que produce el tratamiento penal de cualquier conducta obliga a fundamentar éste justamente en su trascendencia para la propia Libertad; en otros términos, si nos tomamos en serio el principio general de libertad; es decir, que ésta es el valor superior del Ordenamiento jurídico de acuerdo con el artículo primero de la Constitución, su limitación ha de estar fundamentada. Y esa es la función que la denominada «concepción procedimental» del bien jurídico atribuye a éste: no puede ser concebido como un objeto, sino en términos de justificación, lo que debe ser considerado también desde el principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso, en virtud del que ha de reputarse inadmisibles cualquier límite a la libertad derivado de una intervención estatal --y la norma penal constituye el principal-- que no esté suficientemente justificado en virtud de su necesidad para la tutela de la propia libertad ²²⁷.

Recientemente he subrayado que todo esto debe traducirse en una doble exigencia --además de la de su simple existencia-- en las cualidades que debe reunir un bien jurídico para fundamentar, junto con otros requisitos, la intervención penal: debe pertenecer al sistema de valores constitucional y ser expresión del libre desarrollo de la personalidad o, si se prefiere, constituir una condición externa para el ejercicio de la libertad ²²⁸. Se trata, en definitiva, de considerar que el legislador democrático

no es libre para hacer uso --y abuso-- del Derecho penal, sino que necesita fundamentar su decisión política de prohibir una conducta y amenazar su verificación culpable con una pena; es decir, con la privación o al menos reducción de derechos fundamentales. Y ello debe dejar por fuera de la legitimación a unas cuantas figuras incluidas en el Código Penal.

En este punto, revisten especial importancia los delitos contra los sentimientos; es decir, aquéllos que se pretenden justificar en la medida en que las conductas que prohíben causarían daño a los sentimientos legítimos de los ciudadanos, produciendo su desagrado, indignación o repugnancia e incluso generando odio. Por supuesto, que para que nos cuestionemos su validez es necesario subrayar que los sentimientos constituyan su único fundamento, no afectando a derechos o valores que aparezcan como los auténticos centros de ataque: un atentado terrorista que ocasione decenas de muertos y centenares de heridos, como el que acaba de producirse en Barcelona, genera una grave lesión a los sentimientos generales pero, obviamente, ésta no es sino consecuencia de la gravísima lesión de los derechos fundamentales: vida, integridad, libertad, etc. Así, distingue HÖRNLE entre delitos que afectan a derechos de terceros y delitos exclusivamente contra los sentimientos, si bien éstos pueden aparecer encubiertos con el ropaje de un bien jurídico ambiguo e instrumental como la «paz pública» ²²⁹.

Por su parte GIMBERNAT distingue entre sentimientos que coliden con otro interés preponderante constitucionalmente protegido: el de que cualquier persona tiene derecho a la libertad ideológica, al libre desarrollo de la personalidad y a no ser discriminada por su condición o circunstancias personales (arts. 10.1, 14 y 16 CE), lo que sucede, por ejemplo, con el rechazo a las conductas sexuales libres entre adultos ²³⁰ y los sentimientos legítimos, sobre los que no prevalece derecho alguno del autor, como sucede, en su opinión, con el maltrato de animales ya que no existe «ningún derecho del maltratador a desarrollar libremente su personalidad haciendo sufrir a los animales» ²³¹. La distinción es aparentemente evidente: en el primer caso, estaríamos ante una invasión injustificada de la libertad, pues prohibiríamos conductas constitutivas del ejercicio de derechos fundamentales que sólo afectan a los sentimientos de una minoría, o de la mayoría que eso resulta indiferente, en su pretensión de imponer una moral dominante («ética social dominante» en la terminología del primer WELZEL), mientras que en el segundo caso la imposición de los sentimientos «legítimos» prevalecería sobre una conducta sobre la que no se reconoce derecho alguno. Con independencia, de momento, del reconocimiento internacional del rechazo al maltrato animal, recogido por Gimbernát, y que puede proporcionar argumentos a favor de la prohibición de la por otra parte tan deleznable conducta, es preciso volver sobre la idea básica de que el bien jurídico-penal ha de ser expresión del libre desarrollo de la personalidad: no se trata, por tanto, de hallar un derecho que prevalezca sobre la prohibición, sino de fundamentar ésta en que lesiona o, al menos, pone en riesgo el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad: el problema no es si la decisión política de prohibir ha de ceder ante un derecho fundamental que prevalece sino si existe un derecho fundamental cuya necesidad de tutela justifica la decisión política de prohibir. Y, por tanto, continúa la duda de si los sentimientos constituyen o no un derecho fundamental digno, susceptible y necesitado de tutela penal. La respuesta penal al maltrato animal sólo puede justificarse si entendemos que sí o si consideramos que en este caso hay «algo más» que sentimientos, porque como diría Tatjana HÖRNLE, hay derechos de terceros ²³².

Porque ningún uso del Derecho penal puede considerarse inocuo para la Libertad ni, por tanto, para los derechos. Por eso debe justificarse y no puede bastar con el no reconocimiento de un derecho específico que se vea dañado por la prohibición y que deba prevalecer sobre ésta. Se trata de justificar la restricción a la libertad precisamente en razón de que la conducta prohibida, de llevarse a cabo, afectaría a derechos de las personas. Por eso no parece aceptable la diferenciación propuesta por GIMBERNAT, sencillamente porque todo recurso al Derecho penal afecta a derechos y para que sea legítimo ha de prevalecer sobre éstos en virtud de que proporcione un mayor beneficio. Los sentimientos son, casi siempre, legítimos; pero eso no es suficiente para que se conviertan en bienes jurídicos dignos de tutela penal. Por el contrario, sólo si el tipo tutela «algo más» que los puros sentimientos podrá, siempre que ese «algo más» pertenezca al sistema de valores constitucional y sea expresión del libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos, justificarse.

Otros supuestos en los que se ha planteado una objeción doctrinal sería a su consideración como delitos porque carecen de mayor significación que la de un ataque a los sentimientos revestidos de «paz pública», falsa libertad sexual o ética social dominante son los llamados «delitos de odio»,

como la negación del Holocausto o «mentira de Auschwitz,»²³³, el de incesto entre consanguíneos o los ultrajes a difuntos²³⁴.

Pero en lo que ahora quiero detenerme es en aquellas figuras delictivas que afectan a la libertad de expresión, auténtico derecho fundamental en una Democracia, y que no encuentran una fundamentación adecuada más allá de que afecten a los sentimientos generales, la «paz pública» mal entendida o, simplemente, el discurso ético y, sobre todo político, dominante. Lo que sucede con la desmedida extensión --cada vez mayor-- que en el Código Penal español ha adquirido el enaltecimiento del terrorismo, al que se añade el menosprecio a las víctimas, figuras que van desde luego «más allá de la provocación y la injuria», desbordando el ámbito de lo que GIMBERNAT denomina «sentimientos legítimos» para invadir la zona de las prohibiciones penales que atentan «sólo contra los sentimientos». Si a eso añadimos, como vamos a ver, una interpretación jurisprudencial sumamente extensiva, corremos el riesgo de estar penetrando en el terreno del delito de opinión o, si se prefiere, del delito político²³⁵.

II. LA APOLOGÍA LEGÍTIMAMENTE PUNIBLE

En un artículo escrito hace ya muchos años --en 1983-- manifestaba la siguiente propuesta político-criminal en torno a la apología: «Sería conveniente la existencia de una definición legal de la apología que entendiera ésta como una especie de la provocación, exigiéndose explícitamente la presencia de un ánimo de incitar a la comisión del delito. El tratamiento debe ser lo más parecido posible al que se conceda a la provocación: por consiguiente, debe figurar en la Parte General y entre los actos preparatorios; pero castigándose tan sólo aquella que específicamente venga recogida en la Parte Especial. Por supuesto, tan sólo debe castigarse la apología llevada a cabo a través de los medios de comunicación social o la dirigida a un auditorio indiscriminado»²³⁶. En ese trabajo defendí mi consideración de la apología punible --la única que puede castigarse en un Estado democrático-- como una especie de la provocación, de la que debe mantener todas sus características como acto preparatorio. Frente a quienes consideran que la asimilación a ésta hace perder el sentido a su definición expresa, y aun al propio concepto pretendidamente «ontológico» de apología²³⁷, resulta menester destacar lo obvio: precisamente porque tiene características concretas el legislador puede y debe dotarle de un ámbito de extensión diferente y, en cualquier caso, es preciso que se aclare su delimitación impidiendo interpretaciones extensivas que resultan claramente agresivas para la libertad de expresión; interpretación en la que han caído de manera escandalosa el propio legislador a través fundamentalmente --aunque no exclusivamente-- de los artículos 510 y 578 del Código penal vigentes después de sucesivas reformas, y la Jurisprudencia que ha interpretado los aludidos preceptos dotándolos de una extensión incompatible con la democracia y que permiten asimilarlos al viejo delito de propaganda ilegal propio del régimen dictatorial²³⁸. De la propuesta llegó a decirse que «pareciera que tuviéramos delante la encarnación del verdadero legislador de 1995»²³⁹, aunque, a continuación, se destacara que tal propuesta permitía la incitación indirecta mientras que no lo hace el artículo 18, teóricamente vigente si bien, como veremos, absolutamente desnaturalizado. Es verdad que la redacción del precepto agudiza la exigencia de la incitación directa, pero tal sí se encontraba en la propuesta reproducida más arriba, en la medida en que se insistía en que tan sólo puede punirse --si se pretende respetar el contenido esencial de la libertad de expresión; vale decir, del Estado democrático-- la apología que comporte una provocación al delito como acto preparatorio --y ésta ha de ser una incitación directa--²⁴⁰. Más acogible me parece el matiz crítico que introducen BARQUÍN y OLMEDO de considerar innecesaria la referencia al ánimo de incitación, siempre que se considere que el dolo ha de abarcar el conocimiento de al menos la potencialidad de la provocación para la comisión de futuros delitos. No voy a entrar en este momento y lugar al muy complejo debate técnico en torno a si cabe hablar propiamente de dolo al referirnos a un acto preparatorio; en todo caso, está claro que el sujeto ha de ser consciente de estar incitando.

Más importante parece afirmar sin ambages la enorme trascendencia de la libertad de expresión en la libre formación de la opinión de los ciudadanos, base sobre la que se asienta el sistema democrático. Y cómo la irrupción del Derecho penal a la hora de trazar sus límites puede resultar demoledora: la amenaza del castigo produce siempre un efecto de silencio²⁴¹; de ahí que resulte indispensable que

éstos --los límites-- sean los mínimos necesarios para evitar la agresión a los bienes fundamentales de los ciudadanos y nunca los que eliminan la expresión de ideas o doctrinas por deleznales que puedan parecer ²⁴².

Algunos autores se han manifestado expresamente en contra de cualquier tratamiento penal de la apología ²⁴³. En la práctica es la solución propugnada por el artículo 18 del Código Penal de 1995: la única apología legítima --y legalmente-- punible es la ahí redactada: la constitutiva de provocación. Que el artículo contenga una definición de apología punible supone un pronunciamiento claro en orden a que no se castigue ninguna otra que no sea precisamente la ahí definida que, efectivamente, habría de castigarse de todos modos por ser una provocación al delito, un acto preparatorio punible. Ese es el único sentido de la alusión a la apología: no se castiga --la punible-- por apología sino por provocación ²⁴⁴.

III. EL ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO Y LA HUMILLACIÓN A LAS VÍCTIMAS

La LO 7/2000, de 22 de diciembre introdujo la punición de las que vino a denominar conductas de enaltecimiento del terrorismo y actos de humillación a las víctimas que constituye un tipo alternativo que incluye una apología enormemente ampliada en relación a la definida en el artículo 18, precepto con el que entra en flagrante conflicto --razón por la que se opta por no denominarla así-- y que constituye una limitación a la libertad de expresión que va mucho más allá de lo que es lícito reprimir precisamente por su conexión con el acto principal y por el riesgo que implicaría la permisividad de la provocación a la comisión de determinados delitos. Si bien se evitó la utilización del término «apología» para dar la sensación de que no existe contradicción entre los artículos 18 y 578, es obvio que ello no se consiguió ²⁴⁵. El precepto incluía, por otra parte, la tipificación de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, que poco o nada tiene que ver con el enaltecimiento ²⁴⁶.

Concretamente, la redacción dada al artículo 578 preveía pena de prisión de uno a dos años para «el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares», añadiendo la facultad del Juez para imponer en la sentencia alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57.

El «nuevo» delito de enaltecimiento --primera parte de la alternativa-- no es otra cosa que la reintroducción de la apología del terrorismo, desprovista de los atributos propios de los actos preparatorios ²⁴⁷; pues ya no exige incitación, ni directa ni indirecta, a la comisión de futuros delitos

de terrorismo; al menos, no lo hace literalmente ²⁴⁸ por más que debería haber sido objeto de una interpretación *pro libertate* que hubiese limitado los muy perversos efectos que tiene para la libertad de expresión ²⁴⁹ y que quizá hubiera permitido una adecuación constitucional del precepto ²⁵⁰.

Como inmediatamente veremos, no ha sido ese precisamente el camino escogido por los Tribunales españoles. Respecto a la segunda parte de la alternativa, estamos ante unas injurias agravadas en las que parece considerarse un cierto *plus* de injusto más allá del honor que, ante todo como ciudadanos, pero teniendo en cuenta además su tremenda experiencia vital, corresponde a las víctimas del terrorismo como derecho fundamental. Pero de nuevo caben diversas interpretaciones y la que está imponiéndose no parece la más respetuosa con la libertad. La extensión a los familiares como sujetos pasivos --sin que se delimite, por cierto, el ámbito de dicho parentesco--, podría desnaturalizar el precepto si no se exigiera una clara relación con el acto terrorista y una proximidad espacio-temporal al mismo, que viniera a considerar el daño psicológico y el incremento de dolor que pueda suponer. Si la injuria se produce sobre la víctima que murió en el acto de terrorismo, se produciría una especie de traslación de la lesión del honor a los familiares vivos en la medida que compartieran con la víctima vida y valores. Habría que preguntarse, con todo, si el precepto no va bastante más allá de la injuria y considera, por tanto, la quiebra de intereses distintos al honor. Sólo eso explicaría que estemos ante un delito perseguible de oficio y no a instancia de parte, en el que el perdón o la absoluta indiferencia del presumiblemente ofendido no juegan papel alguno.

Aquí, por cierto, todavía en mayor medida que en el puro enaltecimiento, no hay la menor exigencia de provocación a la comisión de hechos futuros. Descartados el honor y el riesgo de comisión de actos terroristas, sólo los sentimientos de repulsa ante conductas muchas veces repugnantes parecen

explicar la introducción de esta variante en el artículo 578 ²⁵¹. Y, si cómo parece exigible, realizamos una interpretación unitaria del precepto, descartando que estemos necesariamente ante una provocación o una injuria, resulta, al menos a mi entender, imposible desvincularlo de los sentimientos de repulsa como único bien jurídico; éste es, pues, un delito exclusivamente contra los sentimientos.

Cabría, ciertamente, hacer caso de la rúbrica de la sección donde se encuentra encuadrado, y considerar que se trata de un delito de terrorismo ²⁵². Si admitiéramos eso habríamos de tener en cuenta las características que para tales figuras exige el artículo 573 y, fundamentalmente, la de que la conducta ha de llevarse a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades: 1ª: subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o abstenerse de hacerlo; 2ª: alterar gravemente la paz pública; 3ª: desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional, y 4ª: provocar un estado de terror en la población o en parte de ella. Sólo cuando concurriera alguna de estas finalidades podríamos considerar típicas las conductas incluidas en el 578 ²⁵³. Y ello no parece sensato.

Por eso, y frente a la pretensión del Ministerio Fiscal de recabar la competencia jurisdiccional de la Audiencia Nacional para hechos presuntamente calificables de enaltecimiento del terrorismo que habían tenido lugar fuera del territorio nacional --que le habría correspondido efectivamente de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial, señalaba el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2002 que: la apología, cuando se persigue legalmente, es un delito (de opinión) que versa sobre *otro* delito *distinto*, o delito-objeto: el de terrorismo, con el que no puede confundirse, siguiendo así por aquella vez la Jurisprudencia mantenida por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 199/1987: [L]a manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas no pueden ser confundidas con tales actividades, ni entendida en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos ²⁵⁴.

En conclusión, estamos ante delitos sólo contra los sentimientos que no pueden superar un test serio de constitucionalidad si consideramos que suponen una muy considerable limitación a la libertad de expresión no justificada por la necesidad de tutela de bienes jurídicos que comporten manifestación de las condiciones externas de los derechos fundamentales; sólo se basan en el rechazo moral que, sin duda, merecen muchas (o, al menos, algunas) de las conductas a las que se viene aplicando. Pero un rechazo moral nunca puede justificar penas de privación de libertad.

IV. LA LEY ORGÁNICA 2/2015 Y LOS ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES: SOBRE TITIRITEROS, RAPEROS Y TWITTEROS

El auge y la trascendencia de las redes sociales en la comunicación --mientras el art. 18, continúa señalando expresamente la radio como referente de los medios de difusión, habiendo superado cientos de reformas del Código penal que hemos venido sufriendo desde su invención, sin que jamás se haya aludido a la televisión-- y, especialmente, la transformación del terrorismo, ahora fundamentalmente de carácter yihadista, y de sus métodos de captación y adiestramiento precisamente a través del protagonismo de la red ²⁵⁵, fue una excusa magnífica para que los dos principales partidos políticos españoles, a los que se sumaría con entusiasmo Ciudadanos, pactaran además del sostenimiento del Gobierno, la redacción de una nueva ley antiterrorista que, como casi siempre ha venido sucediendo, acentuó gravemente los defectos de la anterior: así, se produce un adelantamiento aún mayor de las líneas de defensa, un aumento de las penas que incluye a través del eufemismo «prisión por el tiempo máximo previsto en este Código» la también eufemísticamente denominada «prisión permanente revisable», una mayor ambigüedad en los tipos y una confusión entre intervinientes al no diferenciarse suficientemente los supuestos de autoría y participación ni los grados de preparación y ejecución ²⁵⁶. Y todo ello cuando nuestro país ha superado, con clara victoria del Estado de Derecho, el terrorismo de ETA y algunos otros grupos, que tan duramente ha golpeado durante casi cincuenta años ²⁵⁷.

Las principales consecuencia, por lo que respecta a la figura objeto de este trabajo, son un incremento de las penas, que llegan hasta los tres años de prisión y multa de dieciocho meses, por lo que supone el ingreso en prisión por un delito de opinión ²⁵⁸, y la introducción de un tipo agravado que, en realidad no consiste en nada más que en aquello que constituía el básico anterior, al

establecer el número 2 del nuevo artículo 578 que las penas se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieren llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de los medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información. Se establece, en definitiva, que el enaltecimiento o la humillación se agravan cuando son públicos; y si esto es así debe ser porque el tipo básico no es aplicable cuando el contenido se difunde a través de medios de comunicación, lo que causa cierta perplejidad: sólo parece quedar espacio en el tipo básico para la difusión verbal ante un grupo indiferenciado de personas.

Pero todavía mayor perplejidad causa la redacción del número 3: [c]uando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado; es decir, llegar a los cuatro años y seis meses de prisión y a los veintisiete meses de multa.

Conviene recordar que estamos ante una figura que afecta de manera directa a la libertad de expresión, no sólo derecho fundamental de los ciudadanos sino pieza clave para el funcionamiento del Estado democrático, y que las agravaciones parecen justificarse a través precisamente de su potencialidad para alterar la paz pública y producir terror; estamos hablando de enaltecimiento del terrorismo. Si la afección grave al pretendido bien jurídico implica un tipo considerablemente agravado, habrá que entender que la aplicación del precepto básico no la requiere; basta con una afección leve. En realidad, no hace falta ninguna, porque la ley profundiza aún más en la categoría de delitos sólo contra los sentimientos, limitando gravísimamente no sólo la libertad de expresión sino también el pluralismo político, nada menos que proclamado valor superior del Ordenamiento jurídico por el artículo primero de la Constitución ²⁵⁹.

Que todo esto sea así podría resultar dudoso. Si, efectivamente, el enaltecimiento conservara su condición de apología y, por tanto, de provocación, y la humillación la de injuria, con todas las agravaciones que se quiera, podría y debería discutirse la gravedad de las penas y hasta admitirse el recurso a éstas cuando las conductas fueran graves. Pero, como hemos visto, por enaltecimiento entendemos cualquier discurso que signifique algo distinto de la desaprobación, y por humillación cualquier alusión incluso en clave de humor de hechos que tuvieron lugar hace cuarenta y cuatro años. Se ha perdido toda conexión real con la capacidad de favorecer la comisión de hechos de terrorismo y se han castigado conductas que tienen más relación con el puro divertimento que cualquier manifestación de terrorismo, especialmente yihadista.

La deriva de la Jurisprudencia de los últimos tiempos, en esta materia, resulta excepcionalmente preocupante ²⁶⁰. Hemos visto en la prisión (provisional y sin juicio) a jóvenes titiriteros por mostrar una pancarta con la expresión «Gora Alka-eta», en una historia de buenos y malos, en la que ganaban aquéllos, y hemos visto condenados en virtud del artículo 578 a raperos y twitteros. Por escritos que sólo una imaginación desbordante podía identificar como provocaciones al terrorismo. Claro, que no estamos ante una provocación, sino ante un delito que afecta a los sentimientos. Pero no ya a los sentimientos de la mayoría sino a los que responden al pensamiento oficial.

Particularmente grave es la Sentencia de la Sala Segunda del TS 4/2017, de 18 de enero (Ponente: Manuel Marchena Gómez) que, pese a reconocer literalmente que «el Derecho penal no puede prohibir el odio», añade que «el legislador ha querido que el mensaje de odio que socava las bases de la convivencia (sic) y que humilla a las víctimas del terrorismo tenga un tratamiento específico en el art. 578, con una sistemática singularizada frente al tipo previsto en el art. 510 del mismo texto punitivo». La Sentencia supone la puntilla a la concepción del enaltecimiento como apología y de ésta como provocación: si alguna duda quedaba en torno a su naturaleza de acto preparatorio, ha quedado disuelta cuando se dice que «la afirmación de que el acusado (conocido como César Strawberry) no perseguía la defensa de los postulados de una organización terrorista y que tampoco buscaba despreciar a las víctimas, es absolutamente irrelevante en términos de tipicidad. La estructura típica del delito previsto en el art. 578 CP no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación; basta con la reiteración consciente de esos mensajes a través de una cuenta de twitter, para descartar cualquier duda acerca de si el autor captó con el dolo los elementos del tipo objetivo». Es decir, si no importa la finalidad con la que se actúa y el dolo es mero conocimiento, bastará con conocer que se enaltece o se humilla. Aunque la víctima, como fue el caso, niegue haberse sentido humillada o afirme que no entiende cómo estos actos pueden tener relevancia penal. La Sentencia casa una absolutoria de la Audiencia Nacional.

También merece una cita la Sentencia 9/17 de la Sección 4ª de la Audiencia Nacional, conocida como el «caso Cassandra», en el que se condena a privación de libertad a Ramón Vera Paz --en ningún momento de la redacción del texto de la Sentencia se refiere a la acusada por el nombre y sexo que utiliza-- por escribir en su cuenta de twitter determinadas chanzas sobre el asesinato del primer Presidente del Gobierno franquista, el Almirante D. Luís Carrero Blanco, acaecido el 20 de diciembre de 1973; Que el menosprecio o humillación a la víctima es inexistente o, cuanto menos, irrelevante lo demuestra la reacción de sorpresa y de desacuerdo con la consideración de relevancia penal de los hechos que mostraron algún familiar del Almirante Carrero Blanco o la propia Irene Villa (en un caso distinto, pero similar).

Y que no hay conexión con los eventuales hechos futuros de los que pudieran aparecer como instigación se desprende de las afirmaciones transcritas que pertenecen a la Sentencia del TS 4/2017. Sin embargo, para la Sección 4ª de la Audiencia Nacional esos cuarenta y cuatro años y esos cambios políticos no son suficientemente significativos: «Tiempo que no podemos considerar histórico y neutro a los efectos enjuiciados, puesto que la lacra del terrorismo de ETA persiste, aunque con menor intensidad (sic)., y las víctimas del terrorismo constituyen una realidad incuestionable, que merecen respeto y consideración, con independencia del momento en que se perpetró el sangriento atentado». Ignoro si tales afirmaciones resultan también aplicables a los asesinatos del general Prim o de Viriato, pastor lusitano. Podría, con todo, considerarse que el Tribunal pretenda dar al enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas una cierta consideración de «delito de clima», en la medida en que pueda contribuir a un estado de cosas que suponga una cierta relajación contra el terrorismo y, por consiguiente, un cierto favorecimiento del mismo, «ya que crean un clima psíquico que lleva a los autores potenciales a cometer realmente los delitos» ²⁶¹. Aun cuando tampoco eso habría resultado aceptable, el propio Tribunal se encarga de desmentir tal propósito cuando alude a la «actitud irrespetuosa y humillante» con que «ha perpetrado el acusado (sic) las acciones juzgadas, distanciándose con ello de la fina ironía y el saludable ambiente humorístico»; en resumen, el Tribunal entiende que el mal gusto puede merecer una pena de prisión.

Por fortuna, la doctrina establecida ha sido posteriormente matizada por la STS 354/2017, de 17 de mayo (Ponente: Andrés Palomo del Arco), que recuerda las exigencias establecidas por el TC en su Sentencia 235/2007, de que la infracción «sea cometida ilegal e intencionadamente y que genere riesgo de la comisión de una infracción terrorista», si bien se contenta con que la incitación sea indirecta y la STS 378/2017, de 25 de mayo (Ponente: Luciano Varela Castro) que, a su vez, cita la STC 112/2016, donde el Alto Tribunal proclama: a) El carácter institucional del derecho a la libertad de expresión; b) el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión y, singularmente, el derivado de manifestaciones que alienten la violencia y c) la proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión; para absolver justamente ante la inexistencia de riesgo alguno de actividad terrorista.

V. CONCLUSIÓN

Llegados a este punto, cabe concluir que la redacción dada al artículo 578 del Código Penal por la LO 2/2015 agudiza las consecuencias a las que llegaba la anterior, introducida por la LO 7/2000: el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas constituye una inadmisble limitación de la libertad de expresión que va mucho más allá de las limitaciones a las que se refiere el artículo 20 de la Constitución, al que contraviene de manera manifiesta. La Jurisprudencia de algún sector de la Audiencia Nacional y de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, lejos de paliar esta situación, la ha incrementado al romper toda relación entre enaltecimiento y la apología a la que se refiere el artículo 18 y entre humillación e injurias.

Estamos, pues, ante un delito contra los sentimientos, que pretende fundamentar el reproche penal en el rechazo moral ante afirmaciones que producen indignación, y profundo malestar social, pero que no suponen riesgo alguno para la perpetración de delitos de terrorismo ni en numerosas ocasiones llegan a lesionar el honor de personas vivas.

Permítaseme, a modo de conclusión, reproducir un comentario anterior sobre la Jurisprudencia a la que me he referido:

El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas (art. 578 del Código Penal) es un extraño híbrido que supone una extensión ciertamente desmesurada de la apología y unas injurias que han de ser entendidas como dirigidas a las víctimas en tal calidad y en relación con el hecho criminal que las convirtió en tales. En la medida que la doble figura delictiva que contempla el precepto afecta de manera muy directa y muy grave a la libertad de expresión, piedra angular del

Estado democrático, se impone una interpretación restrictiva muy alejada del camino que están adoptando los Tribunales de Justicia.

El precepto fue introducido en la muy autoritaria reforma del Código Penal de 2000 y vino prácticamente a anular la regulación que sigue conteniendo el Código de la apología. Ésta sólo puede ser delictiva, de conformidad con el artículo 18, cuando constituya una «forma de la provocación» al delito, es decir, cuando constituya un acto preparatorio con la consiguiente exigencia de un ánimo en quien provoca que los hechos delictivos se lleven a cabo. El enaltecimiento, que evita la utilización de la expresión «apología», pero que no es más que una versión ampliada de la misma, habría de ser interpretado de la misma manera como una regulación concreta de la apología del terrorismo. Sin embargo, la resolución del caso Strawberry ha supuesto una ruptura frontal con principios que consideramos básicos del Derecho penal democrático. En la medida en que afirma que las expresiones que se juzgan han de ser interpretadas de manera estrictamente objetiva --lo que no debería significar extraídas de su contexto y circunstancias-- y con independencia de cuál fuera la intención y el ánimo con el que su autor las proferiera. Con ello, el enaltecimiento deja de ser una concreción de la apología y, por tanto, de estar sujeto a las exigencias contenidas en la regulación de ésta; deja de ser un acto preparatorio.

El alcance de este giro jurisprudencial es gravísimo porque concierne al mismo fundamento de la figura como límite a la libertad de expresión. Éste sólo se puede justificar en la medida en que la expresión constituya una invasión a la libertad de los demás --lo que, ciertamente, incluye su honor--, o que implique la incitación a la comisión de hechos delictivos. Cualquier interpretación que vaya más allá de los supuestos expresamente recogidos en el artículo 20.4 de la Norma Fundamental ha de reputarse inconstitucional. Y, a mi juicio, la sentencia del caso Strawberry, va mucho más allá. Y, por tanto, vulnera la Constitución. Lo mismo, desde luego, hay que decir de la del caso Valtonic.

Con respecto a la humillación a las víctimas del terrorismo, estamos ante una ampliación de las injurias que puede ser fácilmente justificable en la medida en que supone un incremento del ataque al honor de quien ya ha sufrido un gravísimo dolor por el acto de terrorismo. Pero, claro, eso impone que se atente al honor en cuanto víctima y que tal ataque guarde relación con el hecho principal. Y es a la víctima viva, no al muerto, a quien hay que ofender. Y hacerlo de manera que afecte a su sensibilidad y a sus sentimientos. Aplicar el precepto a quien aplaude «la gloriosa ascensión a los cielos» del Almirante Carrero Blanco, cuarenta y cuatro años y muchos cambios políticos después, es un auténtico dislate y, sobre todo, una muestra del desprecio que a alguno le merece la libertad de expresión como pilar del Estado democrático. Y eso no lo digo yo, lo ha dicho una nieta del propio Carrero Blanco. Por supuesto, tal desprecio tampoco es compatible con la Constitución.

Una vez más es necesario recordar que el Derecho penal sólo es legítimo cuando beneficia la libertad; cuando prohíbe conductas que le afecten y que su aplicación deviene insoportable cuando se usa como mera imposición de criterios autoritarios. Y las sentencias de Strawberry y de Valtonic, así como la de Cassandra, no sólo no se ajustan, en mi opinión, a los parámetros constitucionales, sino que ahondan en una interpretación que constituye un peligro frontal para dichos parámetros porque pretende el «efecto de silencio» que comporta amedrentar la crítica y callar la disidencia. Sentencias así condujeron a la cárcel, por ejemplo, a Don Francisco de Quevedo. Pero, claro, entonces no había

Estado social y democrático de Derecho ²⁶².

Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos «Cesar Strawberry» y «Cassandra Vera» ²⁶³

Fernando Miró Llinares

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Miguel Hernández de Elche

I. OFENSAS TERRORISTAS Y EL DELITO DEL ART. 578 CP

Pese a la enorme dificultad que siempre ha supuesto encontrar acuerdos en torno a la palabra terrorismo ²⁶⁴, uno de los escasos estribaría en que los hechos que se tipifican generalmente como tales lo hacen por su lesividad efectiva o remota. Lo que diferencia a los delitos de terrorismo de los comunes no es, como es bien sabido, el tipo de daño que se causa por medio de las acciones del mismo, sino otros elementos como el carácter ideológico o político del propósito por el que se ejerce tal forma de violencia. Pero el daño, aunque sea potencial, que conllevan las conductas tipificadas como terrorismo, incluso aquellas consistentes en pertenecer al grupo terrorista o en colaborar con sus actividades, es lo que se esgrime generalmente para justificar la tipificación concreta de comportamientos encuadrados entre los delitos de terrorismo. Tampoco se puede afirmar, sin

embargo, que esto sea siempre así al observar con detenimiento la concreción de la tendencia anticipatoria de la legislación penal clásica y moderna en materia de terrorismo ²⁶⁵ que puede llevar a sancionar conductas que, bien por la ausencia de daño remoto, o bien por pretender tutelar un interés difuso, difícilmente podrían encuadrarse dentro de la categoría de criminalización de conductas de «daño». El Derecho penal, como se ha expuesto en otros trabajos ²⁶⁶, criminaliza conductas por su capacidad efectiva para causar un daño a intereses individuales y colectivos esenciales para la autonomía personal, pero también sanciona otro tipo de conductas por resultar ofensivas para otros hasta el punto de afectar a sus derechos. Y, dada la dificultad para incluir algunas de las conductas comprendidas dentro de los delitos de terrorismo como daños, resulta necesario plantearse si ello no responde al modelo de criminalización de ofensas.

A mi parecer esto es lo que sucede con el delito del art. 578 del Código Penal, tipo que fue incorporado mediante la LO 7/2000, de 22 de diciembre ²⁶⁷ y que gran parte de la doctrina no considera propiamente como «delito de terrorismo». Así, Lascuraín Sánchez, Mendoza Buergo y Rodríguez Mourullo entienden que se trata de conductas que «sin ser actos de terrorismo, expresan alguna forma de apoyo o solidaridad moral con los mismos o sus autores manifestada públicamente» ²⁶⁸, mientras que Asúa Batarrita explica que «por su naturaleza no pueden considerarse "terrorismo"

si bien se trata de conductas que favorecen el "clima" intimidatorio creado por éste» ²⁶⁹. A los efectos que nos interesa, y si bien es cierto que algunas de las argumentaciones anteriores críticas con la consideración como terrorismo de este precepto, podrían ir en la línea de defender la existencia de algún tipo de daño individual no relacionado con el terrorismo (humillación a la víctima) o remoto (clima intimidatorio), creo que el precepto analizado más bien se criminaliza por el carácter ofensivo de las conductas que incluye que por la lesividad efectivamente exigida a las mismas.

En primer lugar no creo que pueda afirmarse con rotundidad que la conducta de enaltecimiento, tal y como está tipificada en el artículo 578 CP, constituya efectivamente «un daño» o, en términos continentales, que conlleve la exigencia típica de la causación de un riesgo efectivo para un interés digno de tutela. Pese a que hay autores que han tratado de interpretar que el enaltecimiento sólo resultará punible cuando constituya efectivamente una incitación directa a la perpetración de un delito, conforme a la exigencia del art. 18 para la sanción de la apología ²⁷⁰, la mayoría de la doctrina, sobre la base de la redacción típica y de la propia justificación de la reforma, no lo interpreta así. Algunos autores entienden que se trataría de una incitación indirecta que más que un peligro efectivo para algún interés individual exigiría la creación de un «riesgo genérico, indirecto o circunstancial, apto para la creación o el favorecimiento de un clima de aceptación social del terrorismo» ²⁷¹. La mayoría, sin embargo, cree que el texto del precepto es claro y, pese a ser críticos con tal regulación, consideran que no puede interpretarse contra su sentido gramatical requiriéndose la creación de ninguna clase de riesgo para que se pueda aplicar el mismo ²⁷². En otras palabras, una parte importante de la doctrina parece reconocer que la conducta de enaltecimiento no es criminalizada por la causación de un daño, ni siquiera remoto, para un bien jurídico individual. Lo cual, añadiría yo, acerca el precepto a la naturaleza de un «verhaltensdelikt» o delito de conducta y, por tanto, a una ofensa a la moral colectiva ²⁷³.

Lo mismo puede decirse, incluso más claramente, con respecto a la otra conducta típica del art. 578 CP, la de humillación a las víctimas. La doctrina mayoritaria lo ha interpretado como un ataque que afectaría al honor y dignidad de las víctimas ²⁷⁴ pero, también, a los propios sentimientos de solidaridad de la comunidad ²⁷⁵. Esto, traducido a los términos del paradigma daño-ofensa, supondría o bien la criminalización de una conducta lesiva al honor o la dignidad que exigiría efectivamente la prueba del daño a la autonomía personal producido por la concreta humillación a una víctima individual o a un conjunto de ellas, o bien la criminalización de una conducta ofensiva que afectaría al honor de las víctimas, de sus familiares o de la colectividad, en el que no tendría que demostrarse la concreta afectación de la autonomía personal pero sí un acto ofensivo que causase indignación colectiva. A mi parecer esta segunda interpretación es la correcta, y ello se deriva tanto del análisis jurisprudencial, sobre el que me centraré posteriormente, como en las razones expresadas por el legislador a la hora de la creación del art. 578 CP. En particular señaló la voluntad de «perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos así como las conductas especialmente perversas de

quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal». Aquello que, cuanto menos para el legislador, parece unir a las expresiones de enaltecimiento que pretende castigar y a las expresiones que humillan a las víctimas es, pues, que las mismas ofenden a la sociedad, bien por defender el terrorismo o bien por insultar a las víctimas ²⁷⁶. Y esto también concuerda, como he señalado con algunas de las claves de la aplicación jurisprudencial de este delito y, en particular, de las resoluciones recientes que nos han traído hasta aquí, tal y como veremos a continuación.

II. LOS CASOS «STRAWBERRY» Y «CASSANDRA»: LA SANCIÓN PENAL DE ACCIONES «OFENSIVAS»

Son muy numerosas las resoluciones en los últimos meses que han enjuiciado la posible comisión de un delito del art. 578 CP por comportamientos consistentes en la publicación de mensajes ofensivos en redes sociales ²⁷⁷, si bien sólo algunas de ellas han tenido especial repercusión pública por cuestiones políticas, como sucedió con los tuits del concejal Zapata ²⁷⁸, del cantante de la banda de rock Def Con Dos, César Strawberry ²⁷⁹ o los de Cassandra Vera ²⁸⁰. Lo cierto es que si ya el TS, en diferentes resoluciones, había interpretado el delito del art. 578 de un modo tal que cabría entender que el mismo incluía dos conductas ofensivas pero no lesivas (ni peligrosas) para ningún interés directamente relacionado con la autonomía personal ²⁸¹, esta tendencia interpretativa parece aún más clara tras las últimas resoluciones recientes de la AN y del TS que resuelven los citados casos de Twitter.

Realizando un análisis cruzado de algunas de estas resoluciones llama la atención en primer lugar que sea totalmente excepcional y no común, como debería ser en el caso de que estuviéramos ante un delito apologético o de daño remoto, la referencia en las resoluciones analizadas a ningún tipo de idoneidad potencial del mensaje para generar la comisión de delitos de terrorismo por parte de terceros ²⁸². Sí la hay en la sentencia absolutoria del caso Arkaiz Terrón, donde el tribunal señala expresamente que «esos micromensajes no enaltecen ni justifican porque no incitan o alientan ni instigan a la violencia terrorista, ni siquiera de forma indirecta, ni generan un peligro o riesgo de comisión de actos violentos, ni tampoco incrementan el que pudiera existir». Sin embargo esta sentencia, que está recurrida ante el TS por el ministerio fiscal, parece una excepción en una tendencia general que estaría representada más bien por otras resoluciones como la del caso César Strawberry en la que no sólo no se hace referencia alguna a la lesividad potencial del enaltecimiento, sino que, citando la STS 812/2011, 21 de julio (RJ 2011, 5546), se explicita que el bien jurídico del precepto sería, en realidad, la «interdicción del odio» ²⁸³, mostrando clarísimamente la consideración del art. 578 como un delito de «conducta», argumento que también se encuentra presente en la sentencia del caso Cassandra Vera.

El carácter de ofensa del artículo 578 CP que dejan traslucir las citadas sentencias para la conducta de enaltecimiento resulta igualmente obvio, o más, con respecto a la conducta de humillación a las víctimas. Así, la sentencia del caso Zapata, refiriéndose a su vez a la STS núm. 846/2015 (RJ 2015, 5888), muestra la naturaleza de ofensa del precepto al describir las conductas típicas del mismo como «fórmulas a través de las cuales se persiguen conductas especialmente perversas como es la injuria o humillación a las víctimas, incrementando el padecimiento moral de ellas o de sus familiares y ahondando en la herida que abrió el atentado terrorista» ²⁸⁴. Es cierto que eso ha llevado a la interpretación por parte de la jurisprudencia ²⁸⁵, y también de la doctrina ²⁸⁶, de que el bien jurídico en este caso sería el honor y la dignidad de las víctimas, descripción genérica que hace surgir la duda de si se refieren al honor y la dignidad individual de la persona que es lesionada (u ofendida) por la humillación o sus familiares o, más bien, al honor o dignidad del colectivo de víctimas del terrorismo y de la propia sociedad. En el primer caso podríamos estar ante un delito de daño en el supuesto de que se exigiera para la tipicidad, y por tanto se probara en el proceso, una afectación al honor tal que constituyera un trato humillante que afectara a la dignidad efectiva de las personas.

Hay motivos, sin embargo, para entender que este tipo penal reconoce una protección más amplia de la dignidad del colectivo víctimas que no hace necesaria la exigencia de un daño o afectación de la autonomía personal de alguna víctima o familiar en concreto. Así, si lo protegido fuera simplemente el honor o la dignidad tales conductas podrían haberse incardinado como delitos de injurias o contra

la integridad moral ²⁸⁷, no entendiéndose la especificidad de una regulación que iría en contra del principio de igualdad, al proteger solo a las víctimas del terrorismo y no a las víctimas del resto de delitos del Código Penal ²⁸⁸. Por ello, el TS ha dicho que este tipo de conductas no quedarían del todo protegidas por un delito de injurias, conllevando un mayor reproche penal las mismas como muestra su inclusión entre los delitos de terrorismo ²⁸⁹. Parece, pues, que cuando este Alto Tribunal, al igual que cuando lo hace parte de la doctrina ²⁹⁰, se refiere como bien jurídico a la dignidad de las víctimas ²⁹¹ lo hace más bien a la dignidad de las víctimas como colectivo ²⁹², no exigiéndose a la conducta atentatoria de esta dignidad ningún tipo de capacidad de generar un daño a la autonomía personal de un concreto individuo ²⁹³. Dicho de otro modo, y utilizando palabras de la sentencia del caso Zapata, similares a las utilizadas en la sentencia del caso Cassandra Vera ²⁹⁴, el artículo 578 lo que exige como presupuesto no es un «daño» sino una «ofensa a la dignidad», esto es «un ataque a la dignidad de las personas víctimas en sentido amplio porque no se circunscribe a la víctima como sujeto pasivo del delito cometido» ²⁹⁵.

Recapitulando, pues, la interpretación que están haciendo los tribunales en relación con los casos de publicación de tuits de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas, y que resulta, además, coherente con el propósito del legislador cuando incluyó el precepto, configura el artículo 578 como un delito de ofensa, que criminaliza comportamientos no por su capacidad para lesionar de forma directa o remota la autonomía personal afectando a un interés personal o colectivo, sino por su carácter ofensivo y contrario a sentimientos colectivos. Como señaló Vives Antón la apología no es inocua y puede causar daño ²⁹⁶, también lo puede causar la humillación a las víctimas cuando se les ofende directamente a ellas o a cualquiera de su condición ²⁹⁷. Pero esto no es lo que se exige en este tipo penal tal y como muestra una aplicación judicial que no requiere ni comprobar, como se debiera ²⁹⁸, que han sido tales palabras de enaltecimiento las que crean un supuesto clima de comisión delictiva ²⁹⁹ o, como debería exigirse ³⁰⁰, que tal clima causa un riesgo real para intereses dignos de tutela, ni, para la conducta de humillación, que alguien ha visto afectada su autonomía personal por tales ofensas a la dignidad. A mi parecer, y dado que el precepto establece tanto la pena de prisión como la multa como sanciones aplicables a estas conductas, tal intervención penal sería legítima, siempre que cuando lo que se estuviera sancionando fuera una ofensa y se optara por aplicar la pena de multa.

Como he señalado en otro lugar, el Derecho penal puede decidir castigar conductas aunque estas no lesionen la autonomía personal, siempre que resulten ofensivas y contrarias a la moral colectiva. Sin embargo no sólo habría que aceptar que esto es lo que se está haciendo y no proteger efectivamente algún interés digno de tutela de una lesión o peligro para el mismo, sino que tal forma de criminalización también está sujeta a límites que tampoco se respetan tal y como se está aplicando el art. 578 a los casos analizados. En primer lugar porque se está condenando con pena de prisión conductas que, como ya he dicho, sólo constituyen meras ofensas a los demás o a la colectividad, lo que resulta inaceptable para un sistema penal que debe limitar la restricción de libertad a conductas lesivas o peligrosas. En segundo lugar porque incluso la ofensividad habría que probarla y en la mayoría de las resoluciones se está dando por sentada sin ningún tipo de argumentación al respecto. Por último, y quizás lo más grave, una ofensa no sólo es la causación de una molestia sino la realización de un hecho injusto, y para que haya un hecho injusto no sólo tiene que haber alguien que se sienta ofendido sino que tiene que poder afirmarse que no se tenía derecho a realizar la ofensa ³⁰¹. Y, como ya dijo Feinberg, la crítica política no puede dar derecho a dañar a otro pero sí debe limitar al máximo la intervención del Derecho penal frente a lo que simplemente ofende para no poner en peligro elementos esenciales y configuradores de la democracia como el derecho a la discrepancia.

A mi parecer las palabras de Zapata, Cassandra Vera y Cesar Strawberry eran claramente ofensivas y tenían la capacidad de herir la sensibilidad de muchas personas como probablemente sucedió. Sin embargo, y por razones distintas, creo que ni siquiera debieran haber sido sancionadas por vía penal como ofensas con pena de multa y, desde luego, nunca con pena de prisión al no constituir conductas de daño. En cuanto al caso Zapata, entiendo que hay varios elementos relevantes que inciden en la falta de ofensividad del comportamiento: el primero y esencial consiste en el significado de los mensajes al que nos lleva un análisis de pragmática lingüística. El autor de tales tuits no estaba

transmitiendo, como comunicación principal del mensaje, un mensaje discriminatorio y directamente ofensivo contra alguien, sino una expresión humorística de muy mal gusto donde la idea principal que se transmite son efectivamente los límites del humor. Es cierto que esa dirección comunicativa esencial presupone otras implícitas que podrían haber herido la sensibilidad concreta de una persona hasta el punto de constituir un daño o una ofensa, pero dado que se probó que la receptora de esa parte del mensaje no se sentía ofendida tampoco por allí podría haber ofensa o vejación. Si, por el contrario, la víctima se hubiera declarado ofendida y hubiera demostrado la afectación a su honor o su dignidad, tratándose de expresiones de muy mal gusto podrían haber dado lugar a algún tipo de responsabilidad civil por intromisión en el honor. Sin embargo, y a mi parecer, tampoco deberían dar lugar ni siquiera en tal caso a la aplicación de una pena de prisión al tratarse de ofensas, graves, pero no de daños, lo que implica reconocer que deberíamos revisar el sistema penal de protección del honor. Teniendo en cuenta, por otra parte, que el contenido esencial del mensaje no era la ofensa a una persona individual sino la expresión propia del mal gusto y de los límites del humor, y que la expresión de la cultura y el arte son valores esenciales amparados por la libertad de expresión, tendría que dirimirse, siempre en vía civil, tanto el supuesto daño que hubiera causado la expresión ofensiva como el valor cultural de las concretas expresiones manifestadas.

Por su parte, y en cuanto a los mensajes de César Strawberry y Cassandra Vera, creo que la clave axiológica que llevaría a considerar que tales declaraciones no debieran considerarse ofensas penalmente relevantes, ni siquiera sancionables con pena de multa, estriba en el evidente carácter político de su crítica. Considero que es claro que tanto uno como otro estaban realizando las expresiones citadas y otras para hacer crítica ideológica de forma pública, utilizando la red social Twitter para poner de manifiesto sus convicciones políticas contrarias a determinadas personas y formas de pensar contrarias a las suyas. Este era el indiscutible contenido, desde una perspectiva de pragmática lingüística, de sus emisiones comunicativas, si bien también es cierto que paralelamente el emisor comunicaba un mensaje de desprecio hacia el dolor de los demás y de humillación de las víctimas que iba a ser recibido por múltiples receptores, entre otros por personas que podían ver afectados su honor o su propia dignidad al ser víctimas de tales actos terroristas. Ante ello creo que puede reconocerse la ofensa causada a las víctimas y a sus familiares, pero también que el sistema penal no debiera intervenir ante el riesgo de acallar formas, incluso indeseables colectivamente, de crítica política. La libertad de expresión, especialmente aquella que tiene que ver con la expresión de ideas políticas, no es un derecho cualquiera sino uno de los que configura el fundamento del Estado democrático, y sólo una afectación de la dignidad personal por medio de un ataque continuado que impidiera el libre ejercicio de la autonomía personal debería permitir la intervención del Derecho penal.

De la prevención del blanqueo de capitales a la de la financiación del terrorismo ³⁰²

Patricia Faraldo Cabana

Catedrática de Derecho Penal, Universidade da Coruña/

Adjunct Professor, Queensland University of Technology, Australia

I. INTRODUCCIÓN

Las enormes posibilidades ofrecidas por la actual estructura financiera mundial han favorecido la proliferación de comportamientos que aspiran a introducir en el tráfico económico legal los cuantiosos beneficios obtenidos a raíz de la realización de delitos, es decir, que pretenden el blanqueo

de los bienes ³⁰³ procedentes tanto del narcotráfico como de todo tipo de conductas delictivas especialmente lucrativas. Estamos ante un fenómeno de alcance transnacional, ya que ni los delitos de los que provienen los bienes ni las actividades blanqueadoras se circunscriben, por regla general, a un único país, sino que traspasan las fronteras nacionales. Esta constatación ha dado lugar a la temprana adopción de iniciativas a nivel internacional con la finalidad de impulsar la armonización de las legislaciones de los diferentes Estados, así como la coordinación de las actividades internacionales de lucha contra el blanqueo. Estas iniciativas internacionales, a las que se hará referencia más adelante, han sido seguidas por la aprobación de medidas legislativas por parte de los países afectados. El sector penal del Ordenamiento jurídico español no ha permanecido al margen de esta actividad, introduciendo en los arts. 301 y siguientes del Código penal de 1995 (en adelante, CP) los delitos de blanqueo de bienes procedentes de la comisión de una actividad delictiva. Ha habido

que esperar 15 años para que se introdujera en el art. 576 *bis* CP (entre los delitos de terrorismo) ³⁰⁴ el delito de financiación del terrorismo, consecuencia, a su vez, de los compromisos internacionales asumidos por España. No obstante, antes de la introducción de este delito ya existía una normativa

administrativa orientada a la prevención de tales conductas, en parte construida en torno al modelo ofrecido por la normativa de prevención del blanqueo de capitales. En este trabajo se pretende analizar el origen internacional de la normativa relativa a la prevención y represión del blanqueo de bienes y la financiación del terrorismo con el fin de determinar las razones que han propiciado un tratamiento similar en relación con dos conductas que, sin embargo, presentan rasgos sustancialmente distintos.

II. EL ORIGEN INTERNACIONAL DE LA NORMATIVA RELATIVA A LA PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALS Y LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO

El Código penal de 1995 unificó en un mismo capítulo, bajo la rúbrica «de la receptación y del blanqueo de capitales»³⁰⁵, comportamientos que antes se hallaban dispersos en títulos tan diversos como los dedicados a los delitos de riesgo en general y a los delitos contra la propiedad. Antes de su entrada en vigor ya se había aprobado la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, y su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 925/1995, de 9 de junio. Esta normativa preventiva respondía a las obligaciones asumidas por España a raíz de la aprobación de la Directiva 91/308/CEE, del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, que a su vez seguía de cerca lo dispuesto en la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (la cual, sin embargo, no contempla medidas relativas a la prevención del blanqueo, sino exclusivamente a la represión), y en el Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito, abierto a la firma el 8 de noviembre de 1990³⁰⁶. La Ley 19/1993 implantó una serie de obligaciones de información y colaboración con la Administración que afectaban fundamentalmente a personas y entidades que participan en el mercado financiero, pero también a los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles. Estas obligaciones se reforzaron con unas estrictas sanciones administrativas en caso de incumplimiento.

El control ejercido sobre las instituciones financieras a raíz de la trasposición de la Directiva 91/308/CEE por los Estados miembros de la Unión Europea llevó a un cambio en las técnicas empleadas para el blanqueo de capitales, acudiendo los delincuentes cada vez más a sectores no financieros con el fin de evitar el fuerte control de entrada que estaba ejerciendo la banca sobre el depósito de dinero en efectivo, así como el recurso a la banca *off shore* de los paraísos fiscales que, debido a su origen sospechoso, disparaba los mecanismos de alarma de los demás operadores intervinientes en la transacción. El blanqueador buscaba «una entrada más discreta y esa puerta abierta la ha encontrado en algunos despachos profesionales. Abogados, notarios y otros profesionales, actuando por cuenta de sus clientes como intermediarios financieros, muchas veces sin saberlo, y al amparo de su respetabilidad social, han sido el instrumento idóneo para burlar los controles de identificación, las reglas de " *due diligence*" del sistema financiero, al formalizar los depósitos de fondos ajenos a nombre del propio despacho y no del cliente, sin revelar su identidad, cubierta por el velo del secreto profesional, perdiéndose a partir de ahí la pista trazada por la regla " *follow the money*"»³⁰⁷.

Por dicho motivo, los cambios introducidos por la Directiva 2001/97/CE, de 4 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE³⁰⁸, se orientaron, en lo esencial, a ampliar el ámbito de los delitos previos, intensificar las obligaciones de los sujetos obligados y ampliar el círculo de estos sujetos, en particular a los notarios y a los miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas que prestan asesoramiento jurídico. Esta Directiva asumió en lo esencial los estándares del Grupo de Acción Financiera (en adelante, GAFI) de 1996. La transposición en España tuvo lugar mediante la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, la cual introdujo importantes modificaciones en la Ley 19/1993, sin llegar a derogarla.

Por su parte, poco antes de que se modificara la regulación administrativa de prevención del blanqueo de capitales se había aprobado la Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, complementada por la LO 4/2003, de 21 de mayo, por la que modifica la LO 6/1995, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Con ella se pretendió dar cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas por España en materia de prevención de la financiación del terrorismo,

siguiendo muy de cerca el sistema entonces vigente de prevención del blanqueo de capitales. En el ámbito represivo hubo que esperar a la entrada en vigor de 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, para que se introdujera en el Código penal español el delito de financiación del terrorismo (art. 576 *bis*) ³⁰⁹.

Por último, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, transpone la Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, desarrollada por la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, de 1 de agosto de 2006, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva anteriormente citada en lo relativo a la definición de «personas del medio político» y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente, así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada, además de establecer el régimen sancionador del Reglamento (CE) n° 1781/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de noviembre de 2006, relativo a la información sobre los ordenantes que acompaña a las transferencias de fondos. Un aspecto digno de mención es que la Ley 10/2010, siguiendo la normativa europea, unifica los regímenes de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, si bien se mantiene la vigencia de la Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, en los aspectos relativos al bloqueo, motivo por el cual pasa a denominarse Ley 12/2003, de 21 de mayo, de bloqueo de la financiación del terrorismo (Disposición final primera de la Ley 10/2010). La Ley 10/2010 ha sido reformada por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, para indicar, entre otras cosas, que «las sanciones financieras establecidas por las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas relativas a la prevención y supresión del terrorismo y de la financiación del terrorismo, ... serán de obligada aplicación para cualquier persona física o jurídica en los términos previstos por los reglamentos comunitarios o por acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad», así como que, «sin perjuicio del efecto directo de los reglamentos comunitarios, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad, podrá acordar la aplicación de contramedidas financieras respecto de países terceros que supongan riesgos más elevados de blanqueo de capitales, financiación del terrorismo o financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva» (art. 42 de la Ley 10/2010). A su vez, con el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, el legislador español ha seguido las recomendaciones del GAFI en su informe sobre España. Ello supuso que la aprobación posterior de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión (Texto pertinente a efectos del EEE), no diera lugar a nuevas reformas.

La tardía preocupación que se manifiesta en esta breve evolución histórica por la represión penal de la financiación del terrorismo, no así de la prevención, responde a que entre los instrumentos internacionales y europeos que se han elaborado para mejorar la cooperación y colaboración en la lucha contra el terrorismo es relativamente reciente la atención a la financiación, un aspecto hasta hace poco ignorado. En efecto, el primer instrumento convencional internacional dedicado de manera específica a esta cuestión es el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución A/RES/54/109, de 9 de diciembre de 1999 ³¹⁰, que dos años después todavía no había reunido las ratificaciones suficientes para su entrada en vigor ³¹¹. Tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, la Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU ³¹² 1373 (2001), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001, «reconociendo la necesidad de que los Estados complementen la cooperación internacional adoptando otras medidas para prevenir y reprimir en sus territorios, por todos los medios legales, la financiación y preparación de esos actos de terrorismo», decidió que todos los Estados «prevengan y repriman la financiación de los actos de terrorismo», obligación cuyos términos se especifican en detalle ³¹³, y exhortó a la adhesión al Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, que al día de los atentados

había sido firmado por 43 Estados y ratificado solo por 4, pero que a partir de entonces consiguió llegar al número mínimo de ratificaciones (22, de acuerdo con su art. 26, entre ellas la de España, mediante instrumento depositado el 9 de abril de 2002) para entrar en vigor el 10 de abril de 2002.

En el ámbito europeo, después de la Recomendación del Consejo de 9 de diciembre de 1999, sobre la cooperación en materia de lucha contra la financiación del terrorismo, los textos más importantes son la Posición común del Consejo de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, y la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo³¹⁴, adoptadas al calor de la indignación suscitada por los atentados de 11 de septiembre de 2001³¹⁵. Igualmente resultan de interés el Reglamento núm. 1210/2003 del Consejo, de 7 de julio de 2003, que recoge algunas definiciones relativas al bloqueo de bienes, y el Reglamento 2580/2001, de 27 de diciembre de 2001, sobre medidas restrictivas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo. Esta lista ha sido actualizada en varias ocasiones. En estos instrumentos se aprecia la progresiva consolidación de un cambio de paradigma en el tratamiento del tema en relación a la posición adoptada en el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, pues, a diferencia de este texto, se adopta una perspectiva más agresivamente proactiva, que pretende dar respuesta a la constatación de la capacidad destructiva que pueden llegar a tener las organizaciones y grupos terroristas³¹⁶.

El creciente interés por la prevención y el bloqueo de la financiación del terrorismo también responde al importante cambio que han experimentado las fuentes de financiación de esta actividad delictiva. Si en las décadas de los 70 y 80 del pasado siglo predominaba el apoyo estatal (recuérdese que el gobierno de los Estados Unidos elaboró su primera lista de Estados financiadores del terrorismo en 1979, y en ella se han mantenido desde 1993 siete países: Cuba, Irán, Irak, Libia, Corea del Norte, Sudán y Siria, aunque varios de ellos, debido a la presión ejercida internacionalmente y a los cambios políticos recientemente experimentados, han cambiado su actitud al respecto), en la actualidad, por el contrario, el origen de los fondos son donantes particulares u organizaciones privadas o bien la propia comisión de actividades delictivas, normalmente contrabando y delitos contra el patrimonio, con el fin de allegar fondos a la organización³¹⁷. El terrorismo de origen islamista es claro exponente de estas nuevas formas de financiación³¹⁸. Precisamente, los atentados terroristas de 11 de septiembre de 2001 marcan un antes y un después en esta evolución, pues a partir de ese momento se pone cada vez mayor énfasis en los aspectos preventivos de la lucha contra el terrorismo, dentro de los cuales adquiere cada vez mayor importancia la prevención de la financiación del terrorismo, en el entendimiento de que un aspecto fundamental de la prevención de la comisión de actos terroristas es el cierre de los flujos financieros de los que se nutren los grupos y organizaciones terroristas. De hecho, los atentados del 11-S fueron decisivos tanto para la entrada en vigor del Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, como para que se llegara a un rápido acuerdo que permitiera la aprobación de la Directiva 2001/97/CE, de 4 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE, pues este instrumento legislativo se consideró parte fundamental de la lucha contra el terrorismo (documento A5-0380/2001)³¹⁹. Y ello a pesar de la generalizada afirmación de que los costes operacionales de los atentados propios del terrorismo yihadista son relativamente bajos³²⁰.

III. LAS RAZONES DE UN TRATAMIENTO SIMILAR PARA DOS FENÓMENOS DISTINTOS

En la asunción del modelo adoptado para la prevención del blanqueo a la hora de prevenir la financiación del terrorismo han tenido influencia varios factores. En primer lugar, hay que destacar la aparición de un discurso securitario que ha legitimado la adopción de medidas cada vez más estrictas de prevención y represión del blanqueo por medio de la asociación del «dinero sucio» con amenazas transnacionales como la corrupción, el crimen organizado y el terrorismo. De hecho, la asociación entre el blanqueo de bienes y el terrorismo ya se encontraba en la Recomendación núm. R (80)10, adoptada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 27 de junio de 1980, sobre medidas contra la transferencia y el encubrimiento de fondos de origen criminal, elaborada, como se ha indicado antes, para afrontar el problema de las Brigadas Rojas en Italia y la Fracción del Ejército Rojo en Alemania. Se fundamenta en el hecho de que en buena medida el dinero utilizado por los

terroristas de los años 70 y 80 tenía un origen ilícito, por lo que debía lavarse antes de poder ser empleado, siendo prácticamente idénticos los medios utilizados para ello por los terroristas y por la delincuencia organizada común ³²¹.

Como segundo factor que ha propiciado la traslación del modelo de prevención del blanqueo a la financiación del terrorismo cabe señalar que el art. 18 del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo contempla una serie de medidas técnicas dirigidas a evitar que en el territorio de los Estados parte se desarrollen actividades de captación de fondos para actos terroristas que se basan en las 40 recomendaciones del GAFI para prevenir el blanqueo de capitales ³²².

En tercer lugar, ello llevó, en un curioso proceso de retroalimentación, a que, con posterioridad a los atentados del 11-S, el GAFI acordara ampliar su ámbito de actuación, hasta entonces centrado en cuestiones relativas a la prevención y represión del blanqueo de bienes ³²³, a la lucha contra la financiación del terrorismo. En aplicación de este acuerdo, se complementan las 40 recomendaciones para prevenir el blanqueo de capitales ³²⁴ con 8, luego 9 ³²⁵ recomendaciones especiales para combatir la financiación del terrorismo, de 31 de octubre de 2001, que incitaban a «tomar inmediatamente los pasos necesarios para ratificar e implementar plenamente la Convención Internacional de las Naciones Unidas para la Supresión de la Financiación del Terrorismo de 1999», así como a «implementar de inmediato las resoluciones de las Naciones Unidas relativas a la prevención y supresión de la financiación de actos terroristas, particularmente la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas», especificando la necesidad de tipificar la financiación del terrorismo y adoptar medidas preventivas ³²⁶. Estas recomendaciones ³²⁷, alguna de las cuales refleja las disposiciones del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo ³²⁸, han tenido una clara influencia en la normativa española. La justificación para la elaboración de las nuevas recomendaciones es la misma que en el caso de blanqueo: la financiación del terrorismo supone una «amenaza a la estabilidad financiera», ya que las relaciones de negocio con terroristas pueden exponer a las instituciones financieras a «riesgos significativos para su reputación, operacionales y legales» ³²⁹. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurría en otras décadas, ahora no se trata tanto de investigar de dónde proceden los fondos que se han empleado para organizar un atentado con el fin de descubrir a los integrantes de la red y a sus grupos de apoyo, cuanto de prevenir ese atentado impidiendo o dificultando que los fondos lleguen a sus destinatarios. Se trata de un enfoque preventivo que coincide en su objetivo final con el empleado en la regulación del blanqueo: si en este caso se trata de reducir la criminalidad eliminando la posibilidad de disfrutar de las ganancias obtenidas, en el de la financiación del terrorismo se pretende impedir la comisión de delitos eliminando el acceso a los medios necesarios para su ejecución. Sin embargo, la percepción del riesgo que se exige a los sujetos obligados a colaborar con las autoridades es notablemente distinta ³³⁰.

IV. REFLEXIONES FINALES

En conclusión, «puede decirse, de hecho, que la creación de un sistema preventivo para la financiación de actividades terroristas se inspira y se crea a semejanza del que ya existía en materia de blanqueo de capitales» ³³¹. Sin duda hay elementos comunes en ambas tipologías delictivas, hasta el punto de que se ha descrito la financiación del terrorismo como un «blanqueo al revés» ³³². Ciertamente es que el blanqueo de bienes es una actividad posterior al delito que generó las ganancias que se blanquean, mientras que la financiación del terrorismo es una actividad previa al atentado terrorista cuya comisión se pretende favorecer. El blanqueo pretende ocultar el origen ilícito del dinero que se introduce en la economía legal, mientras que en la financiación del terrorismo el dinero, tendencialmente de origen lícito, aunque no se descarta que proceda de actividades delictivas, se «ensucia» al ser destinado a financiar una actividad ilegal. Ahora bien, aunque en la doctrina se destaca que a los terroristas les conviene que el origen del dinero sea lícito, puesto que esa licitud ayuda a mantener la seguridad de la operación hasta el momento en que se emplea el dinero efectivamente en actos de terrorismo, de forma que se evitan tener que idear y ejecutar operaciones de lavado de dinero que siempre resultan costosas y arriesgadas ³³³, se apunta en la Guía del GAFI para las instituciones financieras en la detección de la financiación del terrorismo que, «aunque pudiera parecer lógico que el financiamiento procedente de fuente lícitas no haya que lavarlo, se manifiesta con frecuencia, no obstante, una necesidad de que el grupo terrorista oscurezca o disfraze

los lazos existentes entre él y sus fuentes legítimas de financiamiento. Los grupos terroristas tienen entonces que, de igual forma, encontrar las vías para lavar estos fondos, con el objetivo de poder utilizarlos sin llamar la atención de las autoridades» (apartado 15). De esta manera, a diferencia de los delitos de terrorismo basados en el empleo de la violencia, la financiación del terrorismo presenta similitudes con los delitos económicos, y en particular con el blanqueo, tanto desde un punto de vista criminológico, pues al igual que este es un crimen sin víctimas y aparentemente inocuo que resulta

difícil de distinguir del desarrollo de actividades perfectamente legales ³³⁴, como dogmático, ya que, también como el blanqueo, es un delito que se define en relación con la comisión de otros delitos.

Pese a ello, el diferente origen del dinero, tendencialmente lícito en un caso y procedente de actividades delictivas en el otro, constituye una diferencia sustancial que plantea importantes problemas, entre ellos el de si resulta proporcionado someter el dinero y los bienes obtenidos legalmente a las medidas dirigidas contra el blanqueo de bienes procedentes de la comisión de delitos, que suponen una injerencia más que notable en los derechos y libertades fundamentales del individuo, simplemente por el supuesto uso ilícito que un tercero les pueda dar en el futuro. A ello se suma el que, siendo ambos delitos de referencia, que se definen por su relación con otros delitos, el blanqueo es una infracción que tiene lugar *después* de la comisión de otras actividades delictivas, mientras que la financiación del terrorismo se comete *antes*, con la intención de que los fondos se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer un delito de terrorismo o para hacerlos llegar a una organización o grupo terroristas, siendo posible que nunca llegue a cometerse el atentado terrorista que se pretende financiar.

Conviene tener en cuenta, además, que no hay manera de comprobar si los métodos empleados hasta ahora han servido para el logro de los objetivos que se persiguen, sobre todo porque no se ha demostrado que disminuyan la criminalidad, no parecen tener impacto alguno en la prevención de la corrupción en los mercados legales y no hay evidencia alguna de que las organizaciones criminales y terroristas se hayan visto afectadas por la privación de sus recursos y los obstáculos puestos en el

acceso a los cauces financieros legales ³³⁵. En particular, resulta prácticamente imposible saber si se han podido prevenir actos de terrorismo ³³⁶, ya que, teniendo en cuenta el bajo coste de un atentado y la falta de necesidad de involucrar instituciones financieras en su financiación, el número de órdenes de bloqueo, el volumen de bienes decomisados y otros datos similares no pueden tomarse como índice del éxito de las medidas para prevenir la financiación del terrorismo ³³⁷.

Y aunque hay otros objetivos, en parte de carácter moral, que pocos discuten, como el principio según el cual no se debe permitir a los delincuentes que se aprovechen del fruto de sus crímenes ³³⁸, es hora ya de plantearse cuántos «daños colaterales» está la sociedad dispuesta a aceptar para implementarlos, sobre todo en relación con la relativización de algunos derechos fundamentales, como los de defensa y presunción de inocencia, que son indispensables en un Estado que se quiere social y democrático de Derecho ³³⁹. Es lamentable que también sea en este aspecto de la imposibilidad de constatar en la práctica la eficacia de las disposiciones adoptadas y la sospecha de que más bien estamos ante medidas absolutamente contraproducentes para los objetivos que se dicen querer alcanzar en el que se parezcan la normativa de prevención de la financiación del terrorismo y la de prevención del blanqueo de capitales ³⁴⁰.

NOTAS:

¹[https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo: Atentados_terroristas_en_2017](https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:_Atentados_terroristas_en_2017). Más información en el Global Terrorism Database: <https://www.start.umd.edu/gtd/>.

²

https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=newssearch&cd=1&ved=0ahUKEwif_dHFv

³J. C. CAMPO MORENO, *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de Terrorismo: La LO 2/2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 23.

⁴J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», *Nuevo Foro Penal*, 87, (2016), p. 23.

[5](#)Reverdecen las teorías de R. OTTENHOF sobre la existencias de varios tipos de terrorismos. «¿Terrorismo o terrorismos? Diálogos sobre un singular plural», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLII, Fascículo III, (1989), pp. 947 o, A. BERISTAIN, «Los terrorismos en el País Vasco y España» en *Sociedad de estudios vascos, cuadernos de sección Derecho*, 2 (1985), pp. 162-169.

[6](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, en el prólogo de la obra, *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*, obra de J. C. CAMPO MORENO, ya cit. p. 13.

[7](#)J. LUCAS MARTÍN, «Tres ideas recibidas sobre el terrorismo», *Debates. Teoría y Derecho*, 3 (2008), p. 7.

[8](#)THOMAS Y STANDLEY en, «Classiffiying Terrorism», en Köchler (ed), *Terrorism and National Liberation*. Frankfurt am Main (1988), p. 67. J. C. CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*, Valencia, Editorial General del Derecho, (1997), p. 22; y del mismo, Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo: La LO 2/2015, cit., p. 17.

[9](#)M. A. BALLESTEROS MARTÍN, «Fuerzas armadas y seguridad pública, Consideraciones en torno al terrorismo y la inmigración», en J. L. González Cussac, y A. Fernádes Hernández (coordinadores y directores), Colección «Estudis jurídics», nº 14, Unversitat Jaume I, (2007), pp. 23 y siguientes. Con referencias a la valoración que hace la OTAN y la Unión Europea (Parliamentary Assembly. Standing Committee, october, 2002 y Estrategia Europea de Seguridad, Unión Europea, Bruselas, diciembre de 2003 (Javier Solana). Ambos documentos aluden al terrorismo como una gran amenaza para la seguridad del mundo.

[10](#)J. C. CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*, cit., pp. 27 y ss.

[11](#)Puede verse el trabajo de J. BORDAS MARTÍNEZ, *El terrorismo yihadista en la sociedad calidoscópica (Aproximación criminológica al nuevo terrorismo del siglo XXI)*, Edisofer S.L. (2006).

[12](#)J. JORDÁN, «Terrorismo yihadista y Estado de Derecho», en *El Estado de Derecho frente a la amenaza del nuevo terrorismo*, *Teoría y Derecho*, nº 3, (2008), pp. 21 y ss.

[13](#)J. JORDÁN, «Terrorismo yihadista y Estado de Derecho», cit., explica cómo se dan hasta tres círculos concéntricos. En un primer círculo se sitúan los miembros de la célula que desempeñan funciones de enorme importancia (coordinación, financiación, relaciones con otros); en el segundo, se encuentran los individuos comprometidos con la causa pero con poca implicación operativa y en el tercero, y más periférico, están situados los simpatizantes. Los miembros del segundo y tercer círculo son de comportamientos formales lícitos. Junto a ellos se encuentran, en un radio exterior, personas que realizan tareas puntuales para la yihad (sustracción de tarjetas, falsificación de documentos, venta de explosivos.), cit., p. 25.

[14](#)J. C. CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*. Cit., pp. 37 y ss. O, J. EBILE NESEFUM, *El delito de terrorismo*, Montecorco, Madrid, 1985, pp. 135 y ss.

[15](#)J. C. CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*, cit., pp. 27 y ss.; del mismo autor, *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo: La LO 2/2015*, cit., p. 41.

[16](#)J. BORDAS MARTÍNEZ, *El terrorismo yihadista en la sociedad calidoscópica.(Aproximación criminológica al nuevo terrorismo del silo XXI)*. Edisofer S.L., 2006, p. 207.

[17](#)J. BORDAS MARTÍNEZ, ob. cit., p. 209.

[18](#)Véase el artículo publicado en el periódico *El Mundo* de 9 de marzo de 2015, firmado por

ZARAGOZA, Javier y DELGADO, Dolores, «El Nuevo rostro del terrorismo», p. 15 y donde argumentaban sobre lo descrito, señalando la importancia de internet en las cuatro categorías de la yihad, la acción militar, la del apoyo financiero y militar, la del odio al enemigo y la de la incitación a la yihad a través de la palabra. En todas ellas, internet juega un enorme papel como instrumento vehicular.

19Resolucion 2178 (2014) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7272a sesion, celebrada el 24 de septiembre de 2014. https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&src=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjju_CCi5jXAhX

20J. TERRADILLOS BASOCO, «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», *cit.*, p. 53.

21Puede verse J. C. CAMPO MORENO, en *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo: la LO 2/2015*; ya *cit.*, pp. 46 y ss. Sobre esta importante reforma puede verse, M. CASTRO CORREDOIRA y F. VÁZQUEZ-PORTOMENÉ SEIJAS, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, *cit.*, pp. 832 y ss., Ed. Atelier, 2015.

22Subsidiariedad que sugiere a los poderes públicos un uso parco y cauto de los gravosos resortes penales, y ello, porque el Estado dispone de otros medios eficaces y de menor coste social y, fragmentariedad, en el sentido de que el Derecho Penal no protege todos los bienes jurídicos, sólo los más fundamentales y frente a los ataques más intolerables que puedan amenazarles.

23T. S. VIVES ANTÓN, T. S. *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, ya *cit.*, pp. 37 y ss. refiriéndose al artículo 574 del Código Penal.

24Los interesados pueden cotejar una amplia bibliografía, destacadamente, L. GRACIA MARTÍN, *El horizonte del finalismo y el «derecho penal del enemigo»*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 89; F. MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el «Derecho Penal del enemigo»*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005; E. R. ZAFFARONI, *El enemigo en el Derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006; JAKOBS, G., «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», Traducido por PEÑARANDA, E., en: JAKOBS, G., en *Estudios de Derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997, pp. 293 y ss.; JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas, 2003; ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, traducido por GÓMEZ, C./GARCÍA, M. del C., Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 25 y sentencias. J. C. CAMPO MORENO, *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo: La LO 2/2015*, *cit.*, pp. 20.

25Derecho penal del enemigo es la expresión acuñada por Günther Jakobs en 1985, para referirse a las normas que en el Código Penal alemán (Strafgesetzbuch o StGB) sancionaban penalmente conductas, sin que se hubiere afectado el bien jurídico, pues ni siquiera se trataba del inicio de la ejecución. Estas normas no castigan al autor por el hecho delictivo cometido, castigan al autor por el hecho de considerarlo peligroso. Puede verse, también, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, Madrid, 1996, p. 15.

26F. MIRÓ LLINARES, «Democracias en crisis y Derecho Penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo en los Estados democráticos antes y después del 11 de septiembre de 2001», *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid. Instituto Universitario de Criminología. Editoriales de Derecho Reunidas, núm. 87, 2005, pp. 185.

27Puede verse la obra, J. C. Campo Moreno, J. L. González Cussac (Dirs.), *La generalización del Derecho Penal de excepción: tendencias legislativas*, Plan Estatal del Servicio de Formación del Consejo General del Poder Judicial, 2007.

28Estudio pormenorizado en F. MUÑOZ CONDE, «Entre la tolerancia cero.», *cit.* pp. 33 y ss.

29J. C. CAMPO MORENO, *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo: La LO 2/2015*, *cit.*, p. 61.

[30](#) Valoración del articulado sobre el adoctrinamiento puede verse a J. C. CAMPO MORENO, *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo: la LO 2/2015*, cit., pp. 61 y ss. en la bibliografía allí contenida.

[31](#) J. M. TERRADILLOS BASOCO & I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «Terrorismo y Derecho Penal», *Informaciones*, Suplemento Político, (11 de noviembre de 1978), pp. 1-12.

[32](#) Puede verse la relación de atentados anteriores a los del 11 de septiembre que recoge J. RUPÉREZ, «Las Naciones Unidas en la lucha contra el terrorismo. Primer balance», *Cuadernos de Pensamiento político* (2005), pp. 66-67, pero los de Nueva York y Washington, además de su magnitud, eran los primeros que tenían lugar en el corazón de la nación más poderosa de la tierra.

[33](#) Con claridad puesto de relieve por A. PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista: criminalización de la radicalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 28.

[34](#) Sobre el ISIS, puede consultarse, W. McCANTS, *El apocalipsis del ISIS*, Bilbao, Deusto, 2016.

[35](#) Es significativo el título de la obra y el análisis que en la misma lleva a cabo J. FONTANA, *El siglo de la revolución. Una historia del mundo desde 1914*, Barcelona, Planeta, 2017, ya en la introducción (p. 11), refiriéndose a la Revolución Rusa de 1917, sostiene: «La amenaza de subversión del orden establecido que implicaba el modelo revolucionario bolchevique determinó la evolución política de los demás, empeñados en combatirlo y, sobre todo, en impedir que su ejemplo se extendiera por el mundo».

[36](#) A título de ejemplo sobre este tipo de guerra puede consultarse las páginas que le dedico en I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *La justicia transicional en Brasil. El caso de la Guerrilla de Araguaia*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 27 y ss.

[37](#) El territorio de Israel siempre ha tenido un significado para el pueblo judío, «Eretz Israel», la tierra de Israel, o la referencia en alguna de sus celebraciones, «El año próximo en Jerusalén». Sobre la creación e historia del Estado de Israel, puede consultarse, S. BEN-AMI, & Z. MEDIN, *Historia del Estado de Israel: génesis, problemas y realizaciones* (2ª ed.), Madrid, Rialp, 1991.

[38](#) Sobre estas dos corrientes puede consultarse, con abundante información, J. MARTÍN, *Sunies y Chiés. Los dos brazos de Alá* (2ª ed.), Madrid, Catarata, 2008. Con carácter general sobre el Islam, sus orígenes, su historia y sus corrientes puede consultarse K. ARMSTRONG, *El Islam* (2ª ed.), Madrid, Debate, 2013, *passim*.

[39](#) Tiene mucho interés la espléndida monografía de K. ARMSTRONG, *El Islam*, cit., en especial es aconsejable la lectura del capítulo titulado, «Los problemas actuales del islam» (p. 156 y ss.), que proporciona una explicación a la actual situación.

[40](#) Entre las reflexiones que se han llevado a cabo en los últimos tiempos sobre la presencia del terrorismo islámico en España y más en concreto en Cataluña tiene particular interés la lectura de la entrevista a Lorenzo Vidino en el suplemento «Ideas» del periódico *El País*, del 27 de agosto de 2017, que al hilo de los atentados de Barcelona cuestiona que la integración sea el antídoto de la radicalización, pues no es cuestionable la integración de los autores de los atentados en Barcelona y Cambrils. Hay que poner en relación estas opiniones con la aparente pertenencia de los mismos a la secta «Takfir Wal Hijra», el ala más radical del yihadismo, a los que les está permitido llevar a cabo los comportamientos propios de un no perteneciente al Islam, lo que les hace particularmente difíciles de localizar, con carácter previo a la realización de sus atentados.

[41](#) Sobre Al Qaeda, puede consultarse el capítulo que dedica J. MARTÍN, *Sunies y Chiés. Los dos brazos de Alá*, cit., pp. 223 y ss., en el que analiza los condicionantes y hechos que traen como consecuencia su nacimiento.

- [42](#)Para Bush la guerra no era solo la «guerra contra el terror», era algo mucho más trascendente, era la «guerra contra el mal», J. FONTANA, *El siglo de la revolución. Una historia del mundo desde 1914*, cit., p. 537.
- [43](#)Bush en su discurso sobre el estado de la Nación, el 29 de enero de 2002, aplicó esta denominación a los Estados que apoyaban al terrorismo, que centró en Irán, Irak y Corea del Norte.
- [44](#)Con razón, afirma J. FONTANA, *El siglo de la revolución. Una historia del mundo desde 1914*, cit., p. 54, «no fue en las mezquitas, sino en las prisiones de Irak donde se formaron los dirigentes del Estado islámico».
- [45](#)Sobre el nacimiento de ISIS, su fundamentación religiosa y sus diferencias con Al Qaeda, vid. W. McCANTS, *El apocalipsis del ISIS*, cit., en especial, pp. 45 y ss.
- [46](#)En 2013, el Estado Islámico pasa a denominarse Estado Islámico de Irak y el Levante, coincidiendo con la consolidación de su presencia en Siria. En junio de 2014, vuelve a la denominación de Estado Islámico, coincidiendo con la autoproclamación de Abu Bakr al-Baghdadi como califa. Sobre este punto véase A. PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista: criminalización de la radicalidad*, cit., p. 31 y con amplitud, W. McCANTS, *El apocalipsis del ISIS*, cit., en especial el capítulo 6 (p. 143 y ss.), que titula «El califato renacido».
- [47](#)Una prueba de este liderazgo es el reconocimiento de la adhesión a ISIS de otras organizaciones de terrorismo islámico. Es significativa la llevada a cabo por Boko Haram, potente organización terrorista con base central en Nigeria, que adquiere una repercusión por haber llevado a cabo el secuestro de más de 200 niñas de una escuela.
- [48](#)Sobre el tiranicidio es obligada la cita a la obra de J. DE MARIANA, *La dignidad real y la educación ley del rey*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, que titula el capítulo V de su libro II «Si es lícito matar al tirano». Pueden volverse a consultar las numerosas y muy eruditas páginas que dedica al tema L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, T. III, 4ª edic., Buenos Aires, Losada, pp. 164 y ss., o las muy sólidas del libro de M. RUIZ-FUNES, *Evolución del delito político*, México, Cátedra del Exilio, Fondo de Cultura Económica, 2013, pp. 54 y ss. La primera edición de esta monografía vio la luz también en México, en 1944.
- [49](#)Aquí es obligada la referencia al libro de M. RUIZ-FUNES, *Evolución del delito político*, cit.; expone el autor la evolución del tratamiento penal del delito político, desde el histórico crimen de lesa majestad, al cambio experimentado en el siglo XIX por la aplicación de las doctrinas liberales y a las distintas tesis objetivas o subjetivas en relación a su contenido. Ver también G. QUINTERO OLIVARES: La revisión del delito político: islamismo y otros problemas, en M. CANCIO MELIÁ/C. GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.): *Derecho penal del enemigo: el derecho penal de la exclusión*, Buenos Aires, IBdarf, 2006, en especial pp. 688 y ss.
- [50](#)La incompatibilidad ente Estado de derecho y terrorismo ya la subrayamos J. TERRADILLOS/I. BERDUGO, *Terrorismo y Derecho penal*, en *Informaciones Políticas*, 11 noviembre 1978.
- [51](#)La existencia de una estructura estable hace del terrorismo una manifestación de la criminalidad organizada el art. 2 de la Convención de Palermo en su párrafo a). establece «Por "grupo delictivo organizado" se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material» y en el c) del mismo artículo, «Por "grupo estructurado" se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada»
- [52](#)El texto de la Directiva puede consultarse en [www.boe.es/doue/2017/088/L00006-00021.pdf], por ella se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI, del Consejo y se modifica la Decisión

[53](#) Así, por ejemplo, el art. 3 de la Directiva de 2017, establece para que un delito sea considerado como terrorismo, junto al estar incluido en el apartado 1, que concurra alguna de las tres finalidades enumeradas en el apartado 2 del mismo artículo: «a) intimidar gravemente a una población; b) obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; c) desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales fundamentales de un país o de una organización internacional». Obsérvese que el primero de ellos, intimidar gravemente a la población, no necesariamente implica una finalidad política.

[54](#) Por ejemplo, este es el caso de las mafias carcelarias en Brasil o de las «maras» de Honduras o El Salvador.

[55](#) Mi discípula y compañera en el área de Derecho penal de la Universidad de Salamanca, A. PÉREZ CEPEDA: *Definición del delito de terrorismo como un delito internacional*, en J. R. SERRANO PIEDECASAS & E. DEMETRIO CRESPO (dirs.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 53 y ss., es quien mantiene una línea de análisis más acertada para abordar toda esta problemática y que recientemente ha profundizado en A. PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista: criminalización de la radicalidad*, cit., en especial en todo el capítulo I, pp. 27 y ss.

[56](#) Es significativo el título del libro, de recomendable lectura, de E. MARTÍN DE POZUELO, J. BORDÁS & E. YIZHAK, *Objetivo: Califato universal. Claves para comprender el yihadismo*, Barcelona, Libros de Vanguardia, 2015, passim.

[57](#) Este rasgo de relativismo que posee el concepto de terrorismo es acertadamente analizado por J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI*, en *Nuevo Foro Penal* (87), 2016, pp. 21 y ss.

[58](#) Lo que reiteradamente ha recordado J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI*, cit., p. 36.; J. M. TERRADILLOS BASOCO, «El Estado de Derecho y el fenómeno del terrorismo», en J. R. SERRANO PIEDECASAS & E. DEMETRIO CRESPO (directores), *Terrorismo y Estado de Derecho*, cit., p. 273.

[59](#) De entre la abundante bibliografía existente sobre este tema puede consultarse, dentro de J. R. SERRANO PIEDECASAS & E. DEMETRIO CRESPO (dirs.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, cit. la parte tercera «Estado de Derecho y sistema penal ante el terrorismo», pp. 81 y ss., que contiene los artículos de J. A. GARCÍA AMADO, F. MUÑOZ CONDE, J. M. PAREDES CASTAÑÓN, G. PORTILLA CONTRERAS, y J. R. SERRANO PIEDECASAS & E. DEMETRIO CRESPO

[60](#) Ver por todos trabajos recogidos en M. CANCIO MELIÁ/C. GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.): *Derecho penal del enemigo: el derecho penal de la exclusión*, cit., passim. F. MUÑOZ CONDE: *La generalización del Derecho penal de excepción: Tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo*, en *Ciencia Jurídica*, Universidad de Guanajuato, 2011, pp. 113 y ss.

[61](#) Por todos vid., A. PÉREZ CEPEDA: *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal posmoderno*, Madrid, Iustel, 2007, passim y recientemente *El pacto antiyihadista: criminalización de la radicalidad*, cit.

[62](#) J. M. TERRADILLOS BASOCO, «El Estado de Derecho y el fenómeno del terrorismo», cit., p. 272.

[63](#) El art. 13.3 de la Constitución establece: «La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo». La ley de 30 de octubre de 2009, regula en España el derecho de asilo y la protección subsidiaria. Entre las causas de exclusión

de la condición de refugiado el art. 8.2 contempla: «También quedarán excluidas las personas extranjeras sobre las que existan motivos fundados para considerar que: a) han cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales que establecen disposiciones relativas a tales delitos».

[64](#)Así, por ejemplo, la Constitución española en el art. 14 3. «La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo».

[65](#)A. PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyahadista: criminalización de la radicalidad*, cit., p. 29 y 30, señala como rasgos de este terrorismo: 1) la elevada tasa de letalidad y el alto grado de indiscriminación de sus atentados; 2) la implicación rutinaria en sus atentados de En suicidas adoctrinados, delincuentes por convicción; 3) la preparación y ejecución de sus atentados en el territorio de distintos Estados; 4) la dirección de sus atentados contra valores e intereses internacionales; 5) el contenido del discurso de sus promotores y 6) una clara vocación universal.

[66](#)En esta línea de necesaria reflexión sobre las nuevas manifestaciones del terrorismo, debe destacarse el trabajo que lleva a cabo el equipo que en la Universidad de Salamanca coordina la profesora Pérez Cepeda. Su plasmación más reciente que ha visto la luz cuando concluyo este trabajo es A. PÉREZ CEPEDA & M. RUIZ ARIAS (dirs.), *Actas del Seminario Internacional. El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Salamanca, Ratio Legis, 2017.

[67](#)Es básico sobre este punto el análisis que efectúan H. OLASOLO ALONSO & A. PÉREZ CEPEDA, *Terrorismo internacional y conflicto armado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, passim.

[68](#)K. ARMSTRONG, *El Islam*, cit., p. 203.

[69](#)El terrorismo es un fenómeno histórico y social, expresión y no causa de una sociedad en conflicto cuyo sistema político no ha sabido o no ha podido integrar plenamente a todos los individuos o clases que la componen. LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid 1985, p. 19.

[70](#)Como señala PÉREZ CEPEDA el terrorismo transnacional «traspasa las fronteras estatales, al ser ejecutado por estructuras organizativas que realizan acciones violentas en más de un país y sus víctimas suelen tener diferentes nacionalidades», en «Definición del delito de terrorismo como un delito internacional», en J. R. Serrano-Piedecabras y E. Demetrio (Directores), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid 2010, p. 54.

[71](#)Para TERRADILLOS, la incorporación a los textos penales de la legislación antiterrorista supuso «el reconocimiento de que el terrorismo no es un fenómeno coyuntural, sino una forma de criminalidad incardinada en la cotidianidad», *Terrorismo y Derecho*, Tecnos, Madrid 1989, p. 13.

[72](#)Así, por ejemplo, equiparando en ocasiones la penalidad de la tentativa y la consumación o de la colaboración con la integración en organización terrorista.

[73](#)En este sentido el delito de colaboración con organización terrorista del Código penal español expresamente declarado por el Tribunal Constitucional como contrario al principio de proporcionalidad (STC 136/1999 de 20 de julio) o los tipos de apología y enaltecimiento del terrorismo que coartan gravemente la libertad de expresión.

[74](#)A la exasperación de las penas, que en algunos países llegan a la de cadena perpetua o muerte, hay que añadir en nuestro sistema penal y penitenciario medidas como, por ejemplo, el endurecimiento de los requisitos para obtener la libertad condicional o el tercer grado penitenciario, la dispersión y el alejamiento de sus lugares de residencias de los condenados por estas causas o la controvertida aplicación al cómputo de las penas de la denominada *doctrina Parot* cuya aplicación retroactiva ha sido recientemente declarada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

[75](#) Como es sabido, el art. 55.2 de la Constitución española de 1978 prevé la posibilidad de suspender determinados derechos «en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas». Se trata de una norma que no tiene precedentes en la legislación europea y que únicamente autoriza la restricción del plazo de la detención preventiva (17.2 CE) de la inviolabilidad del domicilio y del derecho al secreto de las comunicaciones (18,2 y 3 CE) pero que la normativa de desarrollo ha ampliado a la suspensión de otros derechos lo que resulta a mi juicio inconstitucional. Vid. LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., pp. 359 y ss.

[76](#) Las restricciones al derecho de defensa fueron especialmente graves en la legislación antiterrorista alemana de 1974 que, entre otras medidas, permitía excluir al defensor del proceso, limitaba el número de abogados en la causa y prohibía que un mismo letrado pudiera defender a varios imputados. En la actualidad, la LECrim. española a pesar de no ser uno de los derechos susceptibles de poder ser suspendido de acuerdo con lo previsto en el art. 55.2 CE, prohíbe la libre designación de letrado en los supuestos de incomunicación de los detenidos. Esta exclusión del abogado de confianza, se ha dicho hasta la saciedad, convierte al abogado del sospechoso en abogado sospechoso sin que al estar éste imputado pueda a su vez ejercer su propio derecho de defensa y, en todo caso, resulta una injerencia inadmisibles al identificar al abogado con la causa o la persona que defiende. Vid., en general sobre las medidas procesales en la normativa antiterrorista LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., pp. 359 y ss. y, más modernamente, LAMARCA PÉREZ, C., «Legislación antiterrorista: la normalización de la excepcionalidad», en *Jueces para la Democracia*, nº 88, marzo 2017, pp. 39 y ss.

[77](#) Vid. CANCIO MELIÁ, M., «Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000», en *Jueces para la democracia*, nº 44, julio de 2002, pp. 19 y ss.

[78](#) SAP de Guipúzcoa de 30 de diciembre de 2010, Caso Portu y Sarasola, donde se analiza críticamente el Derecho penal del enemigo.

[79](#) En la actualidad, y tras las sucesivas reformas operadas en el art. 23.4 de nuestra LOPJ, la jurisdicción española resulta competente para enjuiciar los delitos de terrorismo cometidos fuera de nuestro territorio nacional siempre que el procedimiento se dirija contra un español, contra un extranjero que resida habitualmente en España o el hecho se realice por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España o bien la víctima tenga nacionalidad española y, asimismo, cuando el delito se cometa para influir o condicionar la actuación de una autoridad española o contra buques o aeronaves españolas o instalaciones oficiales como embajadas o consulados.

[80](#) Sobre la dificultad de distinguir entre terrorismo y conflicto armado y las consecuencias de cada calificación vid. especialmente OLASOLO ALONSO, H. y PÉREZ CEPEDA, A. I., *Terrorismo internacional y conflicto armado*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008.

[81](#) Vid. CAPITA REMEZAL, M., *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, Colex, Madrid 2008, pp. 28 y 29 y GÓMEZ MARTÍN, V., «Notas para un concepto funcional de terrorismo», en *Terrorismo y Estado de Derecho*, cit., p. 27.

[82](#) Vid. *Tratamiento jurídico del Terrorismo*, cit., pp. 162 y ss. donde se apuntan las razones del legislador español de 1978 para abordar la despolitización del terrorismo. Vid., asimismo, GÓMEZ MARTÍN, V., «Notas para un concepto funcional de terrorismo», cit., p. 46.

[83](#) En este sentido vid. FERRAJOLI, L., «Terrorismo y crisis tardocapitalista», en *Justicia y Delito*, Universidad Menéndez Pelayo, 1981, p. 59.

[84](#) VIGNA, *La finalitá di terrorismo ed eversione*, Giuffré, Milano 1981, p. 42.

[85](#) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Universidad de Sevilla 1976, p. 615.

[86](#)TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Terrorismo y Derecho*, cit., p. 59.

[87](#)SAN 2/2011, de 20 de enero, Sección 1ª. Sobre esta resolución vid. mi comentario publicado en *Diagonal*, de fecha 3 a 16 de febrero de 2011, p. 27.

[88](#)En este sentido la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal que define el terrorismo como la utilización sistemática de la violencia o intimidación con fines políticos contrarios al sistema democrático. *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*, Málaga 2008, p. 27.

[89](#)Vid. PRIETO SANCHIS, L., «La objeción de conciencia como forma de desobediencia al Derecho», en *Sistema*, nº 59, marzo 1984.

[90](#)FERRAJOLI, L., «La violencia y la política», en *Justicia y Delito*, cit., p. 66.

[91](#)A mi juicio, incluso las acciones de la denominada *kale borroka* o violencia callejera deberían haber sido calificadas en todo caso como delitos comunes de daños o desórdenes públicos al carecer de ese diseño estratégico de la violencia terrorista. Sin embargo, y como es sabido, nuestra jurisprudencia calificó durante muchos años estos supuestos como terrorismo no organizado o individual según el tipo previsto actualmente en el art. 577 del CP, e incluso más adelante los autores de este tipo de acciones llegaron a ser condenados por delitos de terrorismo organizado tras declarar el Tribunal Supremo, en su sentencia de 19 de enero de 2007, que las organizaciones juveniles Jarrai, Haika y Segi constituían un grupo terrorista.

[92](#)Un análisis pormenorizado de las resoluciones dictadas en este caso tanto por la Audiencia Nacional (SAN 30/1991, de 20 de septiembre) como por el Tribunal Supremo (STS de 12 de marzo de 1992) en mi trabajo «Sobre el concepto de terrorismo.(A propósito del caso Amedo)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVI, Fasc. II, mayo-agosto 1003, pp. 535 y ss. Sobre este proceso, vid., asimismo, GONZÁLEZ CUSSAC., J. L., «Paradojas del caso Amedo», en *Poder Judicial* nº 27, 1992.

[93](#)Al menos desde un punto de vista filológico, existe acuerdo entre la doctrina en que la expresión terrorismo nace para referirse a un determinado período histórico de la Revolución francesa (1791-1794) que se ha calificado históricamente como el período de *la terreur*. El terror se concibe entonces como un medio o modo para mantener el poder y se justificará por Robespierre en los siguientes términos: «si el esfuerzo del Gobierno popular en tiempo de paz es la virtud, la fuerza del Gobierno popular en tiempo de revolución es a un tiempo la virtud y el terror. La virtud, sin la cual el terror es funesto; el terror, sin el cual la virtud resulta impotente. El terror no es más que la justicia pronta, severa, inflexible». Sin embargo, creo que la política del terror practicada por los jacobinos tiene lugar en un período revolucionario, es decir en un período en que el poder no está aún asentado ni el Estado funciona regularmente por lo que quizás podamos decir que el terrorismo que se practica en este período de la Revolución francesa está más cercano al denominado terrorismo subversivo que al terrorismo de Estado y, en todo caso, lo que resulta a todas luces claro es que ningún paralelismo cabe hallar entre este estado de terror y el terrorismo practicado por un Estado moderno y, en especial, desde el llamado Estado social y democrático de Derecho pues en este último caso, y como el propio Robespierre indica, el esfuerzo de un Gobierno en tiempo de paz debe ser únicamente practicar la virtud sin asociarla con el terror.

[94](#)En cuanto a la tesis del Supremo consistente en que Amedo y Domínguez habían creado una asociación ilícita al margen de los GAL, únicamente compuesta por ellos mismos, no tenía la más mínima consistencia. Si en verdad era una agrupación de sólo dos personas no había ni siquiera asociación ilícita común sino que constituía un caso de mera codelincuencia. Por otra parte, si la sociedad la crearon ellos y no existía nadie más no tenían que haber sido condenados como dirigentes, pues no tenían nadie a quien dirigir, sino como fundadores. Pero lo que resultaba aún más curioso era que esta organización se dedicara a las mismas actividades de los GAL con quienes por cierto mantenían tan buenas relaciones que eran éstos últimos quienes reivindicaban sus atentados.

[95](#)Otras resoluciones judiciales sobre los GAL, como la STS de 27 de mayo de 1988, Caso Leiba,

admitieron sin embargo la finalidad política y condenaron por terrorismo.

[96](#)En este sentido, creo que cabe decir que mientras las organizaciones revolucionarias o transformadoras del orden político pretenden suplantar al legislador creando normas generales, el terrorismo de Estado se encamina hacia la suplantación de quienes se encargan de aplicar esas normas, esto es del poder judicial. LAMARCA PÉREZ, C., «Sobre el concepto de terrorismo», *cit.*, pp. 549-550.

[97](#)En igual sentido PÉREZ CEPEDA, A., «Definición del delito de terrorismo como un delito internacional», *cit.*, pp. 64-66 quien señala que ésta es, además, la línea seguida por la normativa dictada en esta materia por la Asamblea General de Naciones Unidas. Para otros autores, sin embargo, la intención de atemorizar a una población es la que caracteriza al terrorismo, vid. ASÚA BATARRITA, A., «Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental», en *Estudios jurídicos en memoria de Jose María Lidón*, 2002, pp. 79 y ss. y GARCÍA RIVAS, N., «La tipificación europea del delito terrorista en la Decisión Marco de 2002: análisis y perspectivas», en *Revista General de Derecho Penal*, nº 4, noviembre 2005, p. 7.

[98](#)LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del Terrorismo*, *cit.*, pp. 91 y ss.

[99](#)Quizás los casos más conocidos a nivel internacional sean los protagonizados a finales de los años setenta por el norteamericano Theodore John Kaczynski, alias «Unabomber», cuyas acciones consistían en el envío de cartas bomba, o por el noruego Anders Breivik que en julio de 2011 hizo estallar una bomba frente a la sede del gobierno en Oslo para posteriormente desplazarse a la isla de Utoya donde mató a 69 jóvenes del Partido Laborista Noruego. Incluso el anarquismo, al que a lo largo de la historia se ha atribuido un mayor número de atentados políticos realizados individualmente, actúa hoy de forma organizada y así, por ejemplo, en España los Comandos autónomos anticapitalistas o, más recientemente, el denominado Comando Insurreccionalista Mateo Morral al que se atribuyen los atentados con explosivos realizados en 2013 en la Catedral de Madrid de La Almudena y en la Basílica del Pilar de Zaragoza que sólo causaron daños materiales.

[100](#)Los ataques con armas y un elevado número de víctimas en EEUU en escuelas, universidades o centros comerciales que se producen con una asiduidad alarmante y generalmente por una sola persona, no suelen, porque no lo son, calificarse como actos de terrorismo.

[101](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y derecho*, Madrid, Tecnos, 1988, y J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», *Nuevo Foro Penal*, 87 (2016).

[102](#)E. GARZÓN VALDÉS, «El Terrorismo de Estado», en *Revista de Estudios Políticos*, (1989) nº 65, pp. 35-56.

[103](#)P. WILKINSON, *Terrorism and the liberal State*, London, 1977.

[104](#)A. GIL GIL, «La expansión de los delitos de terrorismo en España a través de la reinterpretación jurisprudencial del concepto "Organización Terrorista"», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, No LXVII, Madrid, Ministerio de Justicia, 2014, p. 107.

[105](#)J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Una connivencia cómplice. En torno a la construcción del denominado «Derecho penal del enemigo», en Juan María Terradillos Basoco, *Sistema penal y Estado de Derecho. Estudios de Derecho Penal*, Lima, ARA Editores, 2010, p. 221.

[106](#)La USA Patriot Act (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism) restringió de forma evidente, si bien de manera transitoria que se fue prorrogando casi automáticamente, el sistema de tutela de derechos fundamentales, en especial en materia de privacidad y secreto de las comunicaciones, derechos de defensa, o privación de libertad. A esto se unen medidas como la creación de Tribunales militares de

excepción para juzgar a ciudadanos extranjeros sospechosos de participar en actividades terroristas, o poner en peligro la seguridad nacional en virtud de la Orden Presidencial del presidente Bush de 13 de noviembre de 2001 (Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War against Terrorism).

[107](#)L. FERRAJOLI, «Emergenza penal e crisi della giurisdiziones», en *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 271.

[108](#)L. FERRAJOLI, «Emergenza penal e crisi della giurisdiziones», en *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 271.

[109](#)J. VERVAELE, «La legislación antiterrorista en Estados Unidos: ¿Un Derecho penal del enemigo?», en AA.VV., *El Derecho penal frente a la seguridad global*, Albacete, Bomarzo, 2007, pp. 172 a 174.

[110](#)A. M. DÍAZ FERNÁNDEZ, «La transformación necesaria: estrategias de prevención», en *Política Exterior*, 84 (2001), pp. 181-187.

[111](#)M. JIMENO-BULNES, «The use of intelligence information in criminal procedure: A challenge to defence rights in the European and the Spanish panorama», en *New Journal of European Criminal Law*, (2017) vol. 8(2), pp. 171-191.

[112](#)K. ROACH, «When secret intelligence becomes evidence: some implications of Khadr and Charkaoui II», *Supreme Court Law Review*, (2009) vol. 47, pp. 147-208.

[113](#)A. ASÚA BATARRITA, «El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, finalidades terroristas y conductas periféricas», en Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión 1*, Buenos AiresMadridMontevideo, EdisoferB de F., 2006, p. 247.

[114](#)Este artículo se enmarca en el Proyecto «Seguridad global y derechos fundamentales: la protección contra las amenazas y la garantía de las libertades», referencia: DER2015-65288-R (MINECO/FEDER).

[115](#)Por todos, consultar ANTÓN MELLÓN; ÁLVAREZ JIMÉNEZ; ROTHSTEIN PÉREZ: «Populismo punitivo en España (1995-2015): Presión mediática y reformas legislativas», *Revista Española de Ciencia Política*, nº 43, 2017, pp. 13-36, y bibliografía citada, en la que se destaca, siguiendo a Wacquant y Pavarini su «funcionalidad sistémica». Entre las críticas al traslado de este modelo al derecho penal, VIVES ANTÓN: «Fundamentos del sistema penal, 2ª ed., Valencia, 2011, pp. 175-212, y 441-462; PORTILLA CONTRERAS: «Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del derecho penal», en el mismo, *Mutaciones del Leviatán*, Madrid 2005, pp. 57 y ss.

[116](#)MATTELART: *La globalisation de la surveillance: aux origins de l'ordre sécuritaire*, Paris (La Découverte), 2007.

[117](#)Por todos: HEYMANN, P. B.:» *Terrorism, freedom and security*», Cambridge, Ma. 2003; MERLOS, A.: «El terrorismo yihadista como paradigma de las nuevas formas asimétricas de conflicto», disponible en jihadmonitor.org/; del mismo: *Al Qaeda: raíces y metas del terror global*, Madrid (Biblioteca Nueva) 2006; BALLESTEROS MARTÍN, M. A.: *Yihadismo*, Madrid (La Huerta Grande), 2016; ANTÓN MELLÓN, J.: *Terrorismo. Disección de la barbarie*, Barcelona (tibidabo), 2017; AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, F.: «Terrorismo y contraterrorismo», en «Seguridad global y derechos fundamentales», *Cuaderno de Estrategia* nº 188, IEEE, Ministerio de Defensa, Madrid 2017.

[118](#)BECK, U.: *Sobre el terrorismo y la guerra*, Barcelona (Paidós), 2003, pp. 10 y ss.

- [119](#) Como ejemplo basta hacer referencia a la Estrategia de Seguridad Nacional de España de 2013, marco de referencia global y omnicomprensivo en materia de seguridad que integra la respuesta estatal a los riesgos y amenazas, identifica entre estos al terrorismo.
- [120](#) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «Nuevas amenazas a la seguridad nacional: el desafío del nuevo terrorismo», en *Retos de la política criminal actual, Revista Galega de Seguridade*, nº 9, Xunta de Galicia, 2007, pp. 233 y ss.
- [121](#) AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, F.: «*El Islam y la guerra*», Documento de Análisis 49/2014, Instituto Español de Estudios Estratégicos. Disponible en www.ieee.es.
- [122](#) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas», en J. L. Gómez Colomer y J. L. González Cussac (coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 57 a 128; «Nuevas amenazas a la seguridad nacional: el desafío del nuevo terrorismo», *cit.*; «Aplicación del Derecho al conflicto», en *Reflexiones sobre la evolución del conflicto de Irlanda del Norte*, Documentos de Seguridad y Defensa (nº 12), Madrid, 2007, Centro Superior de Estudios de la Defensa (CESEDEN), Ministerio de Defensa, pp. 71-91; «Servicios de inteligencia y contraterrorismo», en G. Portilla Contreras y A. I. Pérez Cepeda (dirs.), *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político-criminal*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2016, pp. 115 y ss.; y, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.: «Sobre el concepto jurídico-penal de terrorismo», en *El Estado de Derecho frente a la amenaza del nuevo terrorismo*, en *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico* (Tirant), nº 3, junio 2008, pp. 34 y ss.
- [123](#) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y FLORES GIMÉNEZ, F.: «Una metodología para el análisis de las amenazas y riesgos, y la evaluación e impacto de las respuestas. Especial consideración del efecto sobre los derechos y libertades fundamentales», en *Seguridad global y derechos fundamentales, Cuaderno de Estrategia* nº 188, IEEE, Ministerio de Defensa, Madrid 2017.
- [124](#) REINARES, F.; GARCÍA-CALVO, C. y VICENTE, A., «Dos factores que explican la radicalización yihadista en España», *ARI* 62/2017, 8 de agosto de 2017.
- [125](#) BALLESTEROS MARTÍN, M. A.: *Yihadismo*, *cit.*, 2016.
- [126](#) La Estrategia de Seguridad Nacional de 2013, en su Capítulo 3, identificaba seis potenciadores del riesgo: disfunciones de la globalización, desequilibrios demográficos, pobreza y desigualdad, cambio climático, peligros tecnológicos e ideologías radicales y no democráticas. Sobre este tema puede verse VVAA.: «Los potenciadores del riesgo», *Cuadernos de Estrategia*, núm. 159, IEEE, octubre 2015.
- [127](#) Importancia de la comunicación y la utilización de redes sociales, VERES, L. y LLORCA, G.: *Comunicación y terrorismo*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2016.
- [128](#) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y FLORES GIMÉNEZ, F.: «Una metodología para el análisis de las amenazas y riesgos, y la evaluación e impacto de las respuestas...», *cit.*
- [129](#) BALLESTEROS MARTÍN, M. A.: *En busca de una Estrategia de Seguridad Nacional*, IEEE, Ministerio de Defensa, Madrid 2016, p. 286.
- [130](#) AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, F.: «*Terrorismo y contraterrorismo*», *cit.*, 2017.
- [131](#) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y FLORES GIMÉNEZ, F.: «Una metodología para el análisis de las amenazas y riesgos, y la evaluación e impacto de las respuestas...», *cit.*
- [132](#) LAHERA PARADA, E.: *Introducción a las Políticas Públicas*, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 17.

[133](#)GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y FLORES GIMÉNEZ, F.: «Una metodología para el análisis de las amenazas y riesgos, y la evaluación e impacto de las respuestas...», *cit.*

[134](#)JALLOUI MURO, H.: «¿Qué ha fallado en Barcelona», *esglobal*, 21 agosto 2017.

[135](#)ANTÓN MELLÓN, J. (editor): *Islamismo yihadista: radicalización y contraradicalización*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015.

[136](#)GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y FLORES GIMÉNEZ, F.: «Una metodología para el análisis de las amenazas y riesgos, y la evaluación e impacto de las respuestas...», *cit.*

[137](#)TERRADILLOS BASOCO, J.: «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», *Nuevo Foro Penal* nº 87, 2016, pp. 18 y ss.

[138](#)En este sentido REVENGA SÁNCHEZ, M.: *Terrorismo y derecho bajo la estela del 11 de septiembre*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2014, p. 18. Un análisis detallado de la última reforma penal en CAMPO MORENO, J. C.: *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo: la LO 2/2015*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015.

[139](#)SERRA CRISTÓBAL, R. y GÓRRIZ ROYO, E.: «Contraterrorismo: plasmación legislativa reciente e impacto en las libertades y derechos fundamentales», en *Seguridad global y derechos fundamentales*, *Cuaderno de Estrategia* nº 188, IEEE, Ministerio de Defensa, Madrid 2017.

[140](#)GÓRRIZ ROYO, E.: «Investigaciones prospectivas y secreto de las comunicaciones: respuestas jurídicas», en González Cussac, J. L. y Cuerda, Arnau, M^a. L^a. (Dir.), *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, pp. 243-283.

[141](#)RAMONET, I.: *El imperio de la vigilancia*, Madrid (Clave intelectual), 2015.

[142](#)CUERDA ARNAU, M^a. L^a.: «Terrorismo y libertades públicas», *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, nº 3, 2008, pp. 61 y ss.

[143](#)AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, F.: «Terrorismo y contraterrorismo», *cit.*, 2017.

[144](#)NOAH HARARI, Yuval: *Homo Deus. Breve historia del mañana*, Barcelona (Debate), 2016, pp. 25-30.

[145](#)Así se expresa, en relación al extremismo islamista ENZENSBERGER, H. M.: *El perdedor radical. Ensayo sobre los hombres del terror*, Barcelona (Anagrama), 2007, pp. 53-55.

[146](#)*Ob. Cit.*, pp. 64-65.

[147](#)BECK, U.: *Poder y contrapoder en la era global*, Barcelona (Paidós), 2004, p. 39.

[148](#)INNERARITY, D.: «Prefacio» en «La humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales» (INNERARITY, D. y SOLANA, J (editores), Barcelona (Paidós), 2011, pp. 12 y 13.

[149](#)Sobre esta distinción TERRADILLOS BASOCO, Juan María: «El Estado de derecho y el fenómeno del terrorismo», en SERRANO PIEDECASAS, José Ramón- DEMETRIO, Eduardo (Dirs.), *Terrorismo y Estado de derecho*, Madrid: Iustel, pp. 271-292, pp. 276-281.

[150](#)VIDAL, Hernán, *Política cultural de la memoria histórica*, Santiago (Chile), Mosquito Editores, 1997 y la entrevista realizada por GONCALVES Joao, «Los subterráneos de la transición», *d i s p o n i b l e e n* <https://barmaipu.files.wordpress.com/2012/02/los-subterr3a1neos-de-la-transicic3b3n1>.

[151](#)Corresponden a actividades de contrainteligencia llevadas a cabo por la Policía de

Investigaciones de Chile entre marzo de 1990 y abril de 1992, con la finalidad de vigilar las actividades de las Fuerzas Armadas en el ámbito interno, sin contar con la autorización explícita del Gobierno de la época. Ver CAVALLLO, Ascario, *La historia oculta de la transición: Memoria de una época 1990-1998*, Santiago (Chile): Uqbar, Editores, 2012, disponible en <https://es.scribd.com/> (Fecha visita: 26-10-2017).

[152](#) Abogado Gustavo Villalobos.

[153](#) Historia de la Ley N°19.974 sobre el Sistema de Inteligencia del Estado y crea la Agencia Nacional de Inteligencia, 2 octubre 2004, Sesión 48°, Cámara de Diputados, miércoles 22 de enero de 2003, p. 43. Disponible en ww.bcn.cl (fecha visita: 26-10-2017).

[154](#) Historia de la Ley N°19.974..., p. 30.

[155](#) Art. 9 Ley 18.314 sobre conductas terroristas que establece una exención de responsabilidad para el desistimiento en delitos de terrorismo, y el art. 4 que establece una atenuación punitiva por colaboración con la justicia para el terrorista arrepentido.

[156](#) PEÑA, Cristóbal, MINAY, Sebastián, «Así se hacen los cuestionados pinchazos telefónicos legales», Centro de Investigación Periodística Chile, 29 de octubre de 2008. Disponible en [#sdfootnote157anc" _mce_href="#sdfootnote157anc" name="sdfootnote157sym"157](#) Por ejemplo, el polémico Caso *Tur Bus*, en el que la única prueba era la declaración de un mapuche informante de las policías. Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Temuco de 29-08-2013, R.U.C.: 0900697670-8 R.I.T.: 099/2013, ver VILLEGAS, Myrna. «El terrorismo en la constitución chilena», *Revista de derecho. (Valdivia)* 29, N° 2 (2016), pp. 295-319, notas al pie 68 y 69. Disponible en [#sdfootnote158anc" _mce_href="#sdfootnote158anc" name="sdfootnote158sym"158](#) Veredicto del Tribunal Oral en lo penal de Temuco, de 25-10-2017, que absuelve por prueba obtenida con infracción de garantías a 11 comuneros mapuche que permanecieron 18 meses privados de libertad a la espera de juicio y acusados por el delito de incendio terrorista con resultado de muerte, por el cual se solicitaba la pena de presidio perpetuo calificado. RUC 1300701735-3, RIT 150-2017. La sentencia redactada se espera dar a conocer el 14.11.2017, después de lo cual se abre el plazo para impetrar el recurso de nulidad por parte del órgano persecutor.

[159](#) Sentencia 3° Tribunal Oral en Lo Penal de Santiago de 13.07.2012, RUC: 0700277303-6, RIT: 138-2011, vs. Fuentes Aliaga, G. y otros, Para mayor información CORTÉS, Julio, Estruendo. *La asociación ilícita terrorista en la legislación chilena a la luz de caso bombas*, Santiago (Chile): Eds. Libro del Perro Negro, 2013.

[160](#) AYALA, Leslie, «Magistrada acusa que fiscal la "garabateó" en medio de procedimiento por drogas», *El Mercurio*, Chile, Cuerpo C, página 8, 19 de enero de 2016. Disponible en [#sdfootnote161anc" _mce_href="#sdfootnote161anc" name="sdfootnote161sym"161](#) Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, de 25-06-2013, Rol 1024-2013.

[162](#) Sentencia Corte Suprema de 17-10-2017, Roles 40.860-2017, 40-863-2017 y 40.864-2017.

[163](#) [#sdfootnote164anc" _mce_href="#sdfootnote164anc" name="sdfootnote164sym"164](#) [#sdfootnote165anc" _mce_href="#sdfootnote165anc" name="sdfootnote165sym"165](#) Se trató del Seminario «Territorio, Autonomía y Derechos Humanos», organizado por el Centro de Derechos Humanos de la Fac. Derecho (21-08-2017), que contó con la participación en una misma mesa de discusión tanto de sectores de la derecha (la investigadora Isabel Aninat, del centro de estudios públicos), como de gobierno (el sr. Jaime Gajardo, fiscal del ministerio de desarrollo social), la academia (el profesor Dr. Salvador Millaleo por la U. Chile), y un dirigente de organización mapuche (el sr. Llaitul).

[166](#) Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, 20-11-2014, RIT 99-2014, RUC 1300038520-9.

<https://semanariopreguntas.wordpress.com/2017/09/24/clarin-quiere-una-rapida-extradicion-de-facundo-j> (fecha visita: 24-10-2017).

[168](#) Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Temuco de 27.07.2005. RIT 080-2004, RUC 0200142499-0, Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Cañete, de 22.03.2011 RUC: 0800932994-4, RIT: 35-2010.

[169](#) Respecto del informante condenado, sentencia Juzgado de Garantía de Victoria de 22.10.2010, RIT 1134-2009/ RUC 0900969218-2 Caso *Peaje Quino*, respecto de los «delatados» y absueltos Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Angol de 29.08.2012, R.U.C. 0900969218-2, R.I.T. 58-2012.

[170](#) Vid. TERRADILLOS BASOCO, J. M^a., «El Estado de Derecho y el fenómeno del terrorismo», en Serrano-Piedecabras Fernández-Demetrio Crespo (Dirs.), *Terrorismo y Estado De Derecho*, Portal Derecho S.A. (IUSTEL), Madrid, 2010, pp. 271 y ss.

[171](#) Recomendación 852/1979, aprobada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 31 de enero.

[172](#) Véase, CAPARRÓS, M, «Segurismo», ILDS - Instituto latinoamericano de seguridad y democracia - Buenos Aires, 2011.

[173](#) Vid. NÚÑEZ PAZ, M. A., «Una orientación político criminal errónea: De delincuentes y enemigos», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, La Ley - Thomson Reuters, Argentina, 2013.

[174](#) Cfr. PECES BARBA, G; *Derechos fundamentales*, Guadiana de Publicaciones S.L, Madrid, 1976, pp. 33 y siguientes. En el mismo sentido, BOBILLO DE LA PEÑA, F. J, «Constitución y Legislación Antiterrorista», en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), N° 48, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, noviembre-diciembre 1985, p. 54.

[175](#) «1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión».

Puede destacarse, como pone de manifiesto el primer apartado del artículo, la posibilidad de mermar ciertos derechos siempre y cuando concurren situaciones excepcionales, «donde esté en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente». La propia naturaleza de los actos terroristas hace que se incluyan entre estos casos peculiares.

No obstante, la restricción no puede ser desmedida, sino que tiene que ajustarse al Derecho; o sea, el hecho de disminuir ciertos derechos no significa que el Estado correspondiente pueda incumplir sus obligaciones internacionales. Queda prohibida la realización de dichas medidas restrictivas en los casos en los que se perjudicara la correcta realización del resto de obligaciones.

A su misma vez, el numeral dos del presente artículo, señala la imposibilidad de mermar los derechos absolutos. Se prohíbe de forma expresa la suspensión de los artículos del Pacto donde estos quedan regulados. En este mismo sentido cabe citar lo establecido en el texto «*Preguntas frecuentes sobre cuestiones de derecho internacional de la lucha contra el terrorismo*». Vid. UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito); «*Preguntas frecuentes sobre cuestiones de derecho internacional de la lucha contra el terrorismo*», Naciones Unidas, Nueva York, 2009, pp. 107 a 110.

Y en todo caso, como expresa el tercer numeral del artículo detallado, la suspensión tiene que ser una medida conocida por todos los Estados partes del Pacto, tanto en su inicio, como en su fin.

Con todo esto, puede verse como la suspensión es posible. Está creada para la defensa en situaciones de necesidad del Estado; pero, a su misma vez, se somete a múltiples controles y limitaciones, evitándose así que la propia medida plantee lo que se pretende evitar, esquivándose todo tipo de peligro o indefensión de la nación.

[176](#)NÚÑEZ PAZ, M. A. y ALONSO PÉREZ, F., «Nociones de Criminología», Editorial Constitución y Leyes, ed. Colex, Madrid, 2002, p. 411.

[177](#)Según Jakobs, existen las personas y existen los enemigos, siendo legítimo aplicarles a estos últimos unas medidas diferentes, más estrictas, con el fin de salvaguardar la seguridad del Estado y la sociedad. Afirma que, el Derecho Penal Ideal, para el que somos todos iguales, se contradice con la definición propia de un sistema de Derecho Penal Real y con las medidas necesarias para tratar a los sujetos altamente peligrosos. No todos somos iguales, y por ello, no tenemos que ser tratados de la misma forma, quebrándose así la relación entre pena y culpabilidad (Derecho Penal del Enemigo). Vid. DOZO MORENO, S; «El enemigo tiene derechos», dice Günther Jakobs, en *Diario La Nación*, Buenos Aires (Argentina), miércoles 26 de julio de 2006, en sección CULTURA.

[178](#)La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad está presente en textos internacionales durante mucho tiempo, representando incluso uno de los principios del *ius cogens*. En España, la reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 5/2010 extendió este principio a los supuestos de delitos terroristas con resultado de muerte. En este sentido, se introdujo en el artículo 131: «*Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona*». Sin embargo, esta medida no es posible aplicarla si ya se había acordado la prescripción por los órganos jurisdiccionales, pues en nuestro Ordenamiento Jurídico destaca el principio de la imposibilidad de aplicar de forma retroactiva una norma si ésta perjudica al reo. Cfr. AGUDO FERNÁNDEZ, E - JAÉN VALLEJO, M - PERRINO PÉREZ, A. L.; *Terrorismo en el Siglo xxi (La respuesta penal en el escenario mundial)*, editorial Dykinson, S.L; Madrid, 2016, pp. 59 a 62.

[179](#)En sentido claramente crítico con estas medidas me mostraba ya en NÚÑEZ PAZ, M. A., «Prisión perpetua y Terrorismo», Artículo publicado en todos los periódicos del Grupo Joly (Huelva información, Diario de Sevilla, Diario de Cádiz, Diario de Jerez, Europa sur, El Día de Córdoba, Málaga Hoy, Granada Hoy, Diario de Almería), el 7 de mayo de 2013.

[180](#)La implantación en el sistema penal español de la pena de prisión permanente revisable ha suscitado un gran debate sobre aspectos como su necesidad o su constitucionalidad entre la doctrina, los medios de comunicación e incluso la propia sociedad. Reiteradamente, muchos autores (Lascuráin, Conde Pumpido, Muñoz Conde...), vierten opiniones en contra de dicha pena con las que esencialmente coincide. Todos los autores, con matices, llegan a la misma conclusión que defiendo: su carácter inconstitucional. Lo que resulta más criticable, además de ser imprecisa e inhumana, es propiamente su regulación, pues entra en contradicción con lo dispuesto en más de un precepto de la Constitución. De esta forma, pueden citarse:

- Artículo 9.3, en el que se garantiza, entre otros, el principio de legalidad y de seguridad jurídica, además de prohibir las penas no favorables o restrictivas de derechos individuales.

- Artículo 10, en el que se regula el derecho de dignidad de la persona.

- Artículo 15, en el que se prohíben las penas inhumanas o degradantes.

- Artículo 25.2, en el que se establece el derecho a la reeducación y reinserción social.

A favor de dicha medida muchos menos autores como Rodríguez de Miguel Ramos, Gallego Sánchez y Rodríguez Arribas entre otros que señalan la constitucionalidad de la medida, pues consideran que existe un régimen jurídico en torno a ésta, que hace que se ajuste a derecho. Como afirma Gallego Sánchez *«El carácter inhumano o degradante de una pena [...] "depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta revista"»*. Como la prisión permanente revisable cuenta con la posibilidad de «revisarse», no estaríamos ante una medida inconstitucional. Vid. RABASA DOLADO, J; Ponencia: *«De la prisión permanente revisable a la despenalización de las faltas en el Proyecto de reforma del Código penal: motivos y consecuencias»*, 16 de marzo de 2015, p p . 4 a 1 0 .
(<https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjRifPVz8fWAl>)

[181](#)*«Una política antiterrorista especial y excepcional de facto o de iure atenta tendencialmente contra el modelo de suspensión individualizada de derechos fundamentales en la Constitución española y, también, contra el propio modelo legal de individualización científica y su aneja prohibición de discriminación (art. 3 LOGP) respecto del entendimiento de lo que debe significar el principio de reinserción»*. Cfr. LANDA GOROSTIZA, J. M, «Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿Derecho a la esperanza?», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC), Nº. 17-20, 2015, p. 30.

[182](#)En el mismo sentido se pronuncian Landa Gorostiza en «Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿Derecho a la esperanza?» (vid. Nota 8); y Gracia Martín, Boldova Pasamar y Alastuey Dobón en *«Lecciones de consecuencias jurídicas del delito»* (vid. GRACIA MARTÍN, L - BOLDOVA PASAMAR, M. A. - ALASTUEY DOBÓN, C; *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, El sistema de penas, de medidas de seguridad, de consecuencias accesorias y de responsabilidad civil derivada del delito* (5ª edición), editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016).

[183](#)Artículo 10.2 de la CE: *«Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»*.

Artículo 96.1 de la CE: *«Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional»*.

[184](#)En este sentido se expresa la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo.

[185](#)Resolución 1373 (2001), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001.

[186](#)Resolución 2178/2014 de Naciones Unidas, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7272ª sesión, celebrada el 24 de septiembre de 2014.

[187](#)Los combatientes terroristas extranjeros son *«las personas que viajan a un Estado distinto de su Estado de residencia o nacionalidad con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o de proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo, incluso en relación con conflictos armados»*. Ibíd. Nota 6.

[188](#)Véanse, en sentido similar, notas 3 y 4.

[189](#)En la Resolución 1368 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de 12 de septiembre de

2001, se condenaron los ataques que tuvieron lugar el 11 de septiembre de ese mismo año en Nueva York, ataques que significaron un cambio en las medidas a tomar contra los actos terroristas. Se consideró que dichas conductas conllevaban una gran amenaza para la paz y la seguridad internacional.

Lo que pretendió dicha resolución fue fomentar la necesidad de crear una cooperación internacional más fuerte a la existente. Fue la Resolución 1373 de 28 de septiembre de 2001, la que finalmente puso de manifiesto de forma expresa la necesidad de aumentar y consolidar esa cooperación internacional.

[190](#) Para llevar a cabo de forma efectiva ese intercambio de información entre los distintos Estados, la Decisión 2005/671/JAI del Consejo de 20 de septiembre de 2005, relativa al intercambio de información y a la cooperación sobre delitos de terrorismo, dispone que cada Estado miembro designe entre sus servicios policiales uno especializado del cumplimiento de la ley, y que, respetando en todo caso lo que exprese la ley nacional, tenga acceso a toda la información relativa al terrorismo. Además, cada Estado también deberá designar un corresponsal nacional Eurojust, una autoridad judicial u otra apropiada que se dedicará exclusivamente a tratar los temas relacionados con el terrorismo, teniendo éste acceso a toda la información pertinente de cada caso que se registre.

[191](#) El artículo 1 de la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea, tipifica una serie de actos como delitos de terrorismo. Sin embargo, tal y como expresa el propio artículo, para que dichas actuaciones puedan llamarse delitos de terrorismo, tienen que cumplir una serie de requisitos. Estos tienen que realizarse de forma intencionada con la finalidad de intimidar a una población, obligar a los poderes públicos a realizar o no unos determinados actos, o destruir las estructuras fundamentales tanto de un país como de una organización internacional.

[192](#) El progreso de la actividad delictiva fue ocasionado por la utilización de Internet para una mayor comunicación, intercambio de información y movilización entre ellos. *Ibíd.* Nota 6.

[193](#) Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo, por la que sustituye la Decisión Marco 2002/475/JAI y se modifica la Decisión Marco 2005/671/JAI del Consejo.

[194*](#) El presente trabajo se enmarca en un Proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad que lleva por título «Menores: prevención y sanción de la delincuencia en la sociedad tecnológica» (DER2013-45862-P).

El título completo era *Terrorismo y Derecho (Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)*, Tecnos, Madrid, 1988.

[195](#) *Cit.*, p. 33.

[196](#) «Función simbólica y objeto de protección penal», en *Pena y Estado*, nº 1, 1991, 11 y 12.

[197](#) J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», *Nuevo Foro Penal*, 87 (2016), especialmente, p. 21, 28, 29 y 43 y ss.

[198](#) Ciertamente, la LO 13/2015, de 5 de octubre, viene a poner remedio a una situación insostenible en relación con todo un conjunto de medidas de investigación imprescindibles para hacer frente a la delincuencia en la sociedad tecnológica, pese a lo cual carecían de cobertura legal, lo que, además de representar un déficit en términos de calidad democrática, tiraba por tierra en muchos casos los resultados de años de investigación policial. Ahora bien, como en otro lugar he expuesto, no estamos ante una buena ley (vid. con ulteriores referencias M. L. CUERDA ARNAU, «La radicalización terrorista de menores y jóvenes vulnerables», en CUERDA (dir.)/FERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016, pp. 498 y ss.

[199](#) Como lo denomina TERRADILLOS («Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI»,

cit., p. 48).

[200](#)De hecho, la Memoria FGE presentada en 2015 ya consideraba que la irrupción de las nuevas tecnologías en el panorama criminal es razón más que suficiente para la penalización de algunas conductas como el «autoadiestramiento» o el «adoctrinamiento pasivo» por esas vías (p. 213; disponible en la web oficial de la FGE <https://www.fiscal.es>. Téngase en cuenta que la paginación de la edición impresa no coincide con la numeración del documento en PDF).

[201](#)Vid. p. 251.

[202](#)Como tantas veces ha puesto de manifiesto un sector de la doctrina especialmente preocupado por el tema, la evaluación de las normas penales en nuestro país es, tanto *ex ante* como *ex post*, una entelequia. Pese a todo, hay que aplaudir la reforma introducida en el Título V de la Ley 50/1997 por la disposición final 3.12 de la Ley 40/2015. La referida modificación (en relación con lo dispuesto en el Título VI de la Ley 39/2015 y las prescripciones de la Ley 19/2013 y el RD 286/2017) incorpora importantes novedades en las fases de elaboración de la ley y es un paso más hacia la evaluación *ex post*, si bien queda por ver en qué se traduce.

[203](#)A esta cuestión ya me referí en otro lugar tras conocer de primera mano lo que estaba sucediendo en los centros penitenciarios de mi entorno inmediato («La radicalización de menores...», *cit.* p. 510 y ss). Poco después, tuve noticias de que se había distribuido entre los directores de los centros penitenciarios un documento «de uso interno» que venía a sustituir a la Instrucción 8/2014, de 11 de julio, relativa al Programa para la prevención de la radicalización en los establecimientos penitenciarios, (Medidas para la detección y prevención de procesos de radicalización de internos musulmanes). El documento --Programa marco de intervención en radicalización con internos islamistas. Instrucción 2/2016-- establece una doble metodología en función del tipo de internos: un tratamiento de carácter intensivo e individual para los internos del grupo FIES A (condenados por terrorismo yihadista) y otro de carácter grupal sobre el grupo de internos catalogados como FIES B (líderes proselitistas) y C (internos radicalizados o en proceso de estarlo). La Instrucción contiene un anexo desarrollando el programa pero cuyo contenido no está disponible en las fuentes abiertas. No obstante, sí que me permito dudar de la eficacia de intervenciones «grupales» cuando si algo es claro es que el eventual éxito de un programa de esta naturaleza exige en mucha mayor medida que otros un enfoque individualizado. Por otra parte, me consta que en todo este ambicioso plan no está previsto siquiera reforzar las plantillas o incrementar el número de funcionarios o auxiliares con conocimientos de árabe. Hacer descansar sobre los hombros de los funcionarios de vigilancia el programa no es, desde luego, un buen comienzo.

[204](#)[#sdfootnote205anc"](#) [_mce_href="#sdfootnote205anc"](#) [name="sdfootnote205sym"205](#)El «quantum» de diligencias previas incoadas en el 2015 asciende a 331 (19 más que el año anterior), lo que representa el 48,8 % de las diligencias previas que son competencia de esta Fiscalía (331 respecto a 678), y un 40% de la totalidad de las investigaciones incoadas por los órganos judiciales de la Audiencia Nacional, cifra ésta que asciende a 808 diligencias. Concretamente, las investigaciones iniciadas el pasado año 2015 por terrorismo yihadista representan ya el 22% de la cifra total de investigaciones incoadas en toda la Audiencia Nacional Precisamente por ello, la propia institución considera prioritario incrementar a la mayor urgencia los efectivos de la Fiscalía de la Audiencia Nacional «algo que no se ha producido pese a las continuas y reiteradas manifestaciones públicas de algunos responsables políticos» (Memoria FGE 2016, p. 249 y 252).

[206](#)2016, *cit.*

[207](#)<https://www.europol.europa.eu/content/european-union-terrorism-situation-and-trend-report-2015> Anexo, p. 41.

[208](#)Ibídem, p. 23.

[209](#)Sobre este particular, resultan de gran interés las reflexiones que hiciera Abdelkader MASFENE en las Jornadas sobre Terrorismo yihadista: riesgos, análisis y respuestas, celebradas los días 4 y 5 de

mayo de 2016 en la Universidad Miguel Hernández de Elche bajo la dirección del Dr. MIRÓ LLINARES. Como decía MASFENE en su conferencia («Comportamientos radicales y sus prevenciones») una cosa es perseguir y otra muy distinta prevenir y para esto último resulta imprescindible que los planes de integración estén bien elaborados (vid la relación que de las jornadas hace M. A. CANO PAÑOS en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 18-r1 (2016). Vid. asimismo, entre otros, S. GARCÍA MAGARIÑO, «Una aproximación sociológica al proceso de radicalización extremista en el islamismo», en CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Menores y redes sociales*, cit., pp. 535 y ss.; M. MOYANO/H. TRUJILLO, *Radicalización islamista y terrorismo. Claves psicosociales*, Universidad de Granada, 2013 (disponible en red).

[210](#)ANTÓN MELLÓN y PARRA lo definen como «aquel proceso por el cual un individuo o grupo tiende a asumir puntos de vista políticos intransigentes y doctrinarios. En la medida en que dichos puntos de vista pueden vincularse con ideologías extremistas o creencias fundamentalistas y determinadas prácticas y dinámicas de grupo, los individuos pueden fanatizarse y llegar a liderar, apoyar o ejecutar acciones antidemocráticas y terroristas»: «Concepto de radicalización», en *Islamismo yihadista: radicalización y contraradicalización... cit.* p. 29. Como señalan los referidos autores, la conceptualización es fundamental a la hora de diseñar una política pública de seguridad sobre la materia con el fin de no acabar dando el mismo tratamiento a realidades distintas.

[211](#)«Concepto de radicalización. Consecuencias de su uso en el ámbito jurídico penal», en CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Menores y redes sociales*, cit., pp. 517 y ss.

[212](#)En tal sentido, por ejemplo, es obvio que las actividades de reclutamiento y adiestramiento --incluido el autoadiestramiento en técnicas de combate-- merecen un tratamiento jurídico-penal muy distinto al que, eventualmente, se decida deparar a conductas limítrofes con el ejercicio de derechos fundamentales. De ahí que el análisis crítico deba centrarse en cada una de las concretas figuras, rehuendo referirse al conjunto de ellas como una suerte de fenómeno jurídico unitario. Y lo propio hay que hacer cuando se trata de enjuiciar conductas, pues, aunque sus responsables sean individuos que han pasado por un proceso de fanatización más o menos similar, lo enjuiciado son los hechos y no sus autores.

[213](#)Por el contrario, el nuevo terrorismo cuenta con un marco --las TIC's-- que permite el que se fomente la radicalización y el adiestramiento individual. Ello explica el surgimiento de un nuevo fenómeno criminológico al que algunos se refieren como «lobo solitario» --arquetipo sobre el que habría que hacer muchas matizaciones, empezando por cuestionar su existencia en el terrorismo yihadista-- pero que, en cualquier caso, sirve para explicar que hoy es un hecho que cualquiera con acceso a internet --y cierta aptitud-- puede entrar en contacto con el aparato ideológico de grupos terroristas y aprender técnicas de ataque. Bien es verdad, como ya vimos, que el reclutamiento directo a través de internet es una anomalía, pues lo habitual es que el primer contacto se produzca en otros entornos (familia, círculos de amigos, centros culturales o religiosos, etc). Aún así, resulta obvio que internet cumple una importantísima función de apoyo al adoctrinamiento y de cohesión grupal.

[214](#)J. C. CAMPO MORENO, *Comentarios a la reforma del Código penal en materia de terrorismo: La LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 60.

[215](#)No obstante, sí quiero dejar sentado que el verdadero problema no está, como alguno ha dicho, en que este precepto pueda aplicarse a periodistas o a estudiosos que accedan de manera habitual al tipo de páginas a que se refiere el precepto. No creo que lleguemos a tal esperpento, siquiera sólo sea porque corresponde a la acusación probar que concurre la finalidad exigida por el tipo y en estos casos la presunción lógica juega en su contra. La realidad es que el precepto está dirigido a ser aplicado a quien pasa por un proceso que va desde el victimismo hasta la justificación de la violencia, pero sin necesidad de que el «radicalizado» emprenda acción alguna. Es más, si la emprende, los tipos aplicables debieran ser otros, ya sea la integración en organización terrorista (art. 572.2) el enaltecimiento (art. 578) o las modalidades de incitación y actos preparatorios clásicos previstos en el art. 579.

[216](#)Sin embargo, no hay que descartar que el nuevo art. 575 sirva como «válvula de escape» para la acusación, quien, frente al más grave artículo 572.2, ya no tendría que apechugar con las dificultades probatorias que conlleva una imputación por pertenencia al grupo.

[217](#)La SAN de 30 de noviembre de 2016 (secc. 3ª) afirma que el art. 575 como «ley especial (más grave) absorbe y contempla el delito de enaltecimiento del art. 578 CP» (FJ 4).

[218](#)De 7 de diciembre (secc. 2, hecho probado único, *in fine*).

[219](#)La SAN 39/2016, de 30 de noviembre, sección 3ª se refiere a «su veloz adoctrinamiento y asunción de los principios y valores del yihadismo radical» (FJ 3º). Hay que hacer notar, por otra parte, el poco común recurso al art. 733 LECr a fin de que el Ministerio Fiscal se replantease su primitiva calificación conforme al art. 578.

[220](#)La reforma penal de 2015: una valoración genérica», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 37.

[221](#)Pone especialmente el acento en tal cuestión A. PÉREZ CEPEDA, «La criminalización del radicalismo y extremismo en la legislación antiterrorista», *cit.*, pp. 21 y ss.; asimismo, A. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, «La reforma penal de 2015 en materia de terrorismo: el ocaso de los principios limitadores del ius puniendi», *cit.* p. 127 y 140.

[222](#)Es más, convendría plantearse en qué medida esto puede ser más útil que las condenas por autoadoctrinamiento para, siguiendo el rastro de quienes están en proceso de adoctrinamiento, detectar a los ya integrados en las células. No perdamos de vista que una de las grandes bazas del terrorismo yihadista es su escasa capacidad de detección.

En la misma línea de lo que debe ser objeto de reflexión: ¿para qué un proceso por adoctrinamiento cuando, al final, el MF opta por la expulsión (posible en los casos, la mayoría, en que el sujeto ha estado en prisión provisional y ese periodo debe computarse como tiempo de condena)?

[223](#)Con ulteriores referencias, vid. M. L. CUERDA ARNAU, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento», *Revista General de Derecho Penal*, Iustel RI §401097. Entre las más recientes, la STC STC 177/2015 pone de manifiesto los riesgos derivados de la utilización del *ius puniendi* en la respuesta estatal ante un eventual ejercicio, extralimitado o no, del derecho a la libertad de expresión por la desproporción que puede suponer acudir a esta potestad y el efecto desaliento que ello puede generar. Con todo, es más que discutible que en los últimos años el TC esté llevando dicha doctrina a sus últimas consecuencias. Basta leer la STC 112/2016 de 20 junio y confrontarla con el atinado voto particular que la acompaña. Por no hablar de algunas de las últimas condenas por enaltecimiento del terrorismo (además de otras que han suscitado gran interés mediático, vid. STS 90/2016, de 17 de febrero y sus dos votos particulares discrepantes).

[224](#)«Delitos de terrorismo», *op. cit.*, p. 530.

[225](#)Vid. STS 789/2014, de 2 de diciembre: «en el caso presente el acusado, siguiendo la estrategia marcada por Al Qaeda, procedió a desarrollar a través de la Red Ansar Al Mujahideen, como miembro destacado de dicha Red, participando en foros, salas de Paltalk y utilizando es repositorio público [www. Archive. Org.](http://www.Archive.Org) a desarrollar un proyecto de difusión de la ideología radical y fundamentalista del extremismo islámico y captar a adeptos en todo el mundo. Son datos que permiten apreciar su pertenencia a organización terrorista Red Ansar Al Mujahideen como miembro relevante de la misma que excede con mucho la conducta descrita en el art. 578 CP, sin olvidar que la justificación y exaltación de sus acciones y finalidades delictivas no deja de ser algo connatural a todo integrante de un grupo terrorista estructurado, dado su finalidad colectiva de cometer acciones delictivas para desestabilizar el orden oficial y político», FJ. 5º (*Tol 4587909*).

Este es, no obstante, otro de los muchos problemas por resolver. ¿Cuándo el adoctrinamiento es

delito de colaboración y cuándo actividad desplegada como miembro integrado en una organización terrorista? El título de condena --pese a su homogeneidad a efectos procesales-- comporta consecuencias penológicas bien distintas. Cfr. M. OLMEDO CARDENETE, «Delitos contra el orden público», en L. MORILLAS (dir.), *Sistema de Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Dykinson, p. 1434 *in fine*. Por otra parte, como reconoce la SAN 47/2013, de 2 de julio, sección 1ª (Tol 3858763), en el «diseño organizativo» propio de las células terroristas no es fácil determinar «quién está dentro y quién fuera» (F. J. 2º), lo que aconseja que se formule acusación por ambos tipos delictivos.

[226](#)La sentencia va en la línea de lo dicho por recientes sentencias de la Corte di cassazione italiana, a las que tampoco puedo referirme. Dejó, al menos, consignado el dato: S. 9 febbraio 2017, n. 6061 (Sez. V); S. Hosni, n. 48001 del 14/07/2016; S. Garouan n. 29670 del 20/7/2011 (Sez. VI); S. El Abboubi, n. 4433/2014 del 06/11/2013, Sez. PI; S. Alberto, n. 28009 del 15/05/2014, (Sez. VI).

[227](#)S. MIR PUIG, «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal», en *Constitución y principios del Derecho penal*, pp. 67 y ss., especialmente, p. 75.

[228](#)J. C. CARBONELL MATEU: «Principio general de libertad y bien jurídico-penal: sobre la prohibición de prohibir», en *Libro-Homenaje a Santiago Mir Puig*, 2017, pp. XX y ss.

[229](#)T. HÖRNLE: «La protección de sentimientos en el StGB», en R. Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 383 y ss. Por supuesto pueden intentarse acepciones más concretas de la paz pública. Pero entonces este concepto aparece fuertemente ligado a los derechos fundamentales, lo que no es el caso de las figuras a las que se refiere la profesora de la berlinesa Humboldt Universität y bajo cuya rúbrica recoge el Código penal alemán. Cfr. T. S. VIVES ANTÓN, J. C. CARBONELL MATEU: *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 3ª ed. València, Tirant lo Blanch, 2008.

[230](#)E. GIMBERNAT ORDEIG: «El origen de las penas en Beccaria y su vigencia actual», en L. López Guerra, J. L. García Ruiz, J. García Fernández (dirs.), *Constitución y desarrollo político. Estudios en Homenaje al profesor Jorge de Esteban*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 139 y ss., especialmente 149.

[231](#)E. GIMBERNAT ORDEIG: «El origen de las penas...», *cit.*, p. 152. Sobre esta cuestión puede verse mi postura en J. C. CARBONELL MATEU: «Principio general de libertad» *cit.*

[232](#)Que no podrían ser los propios animales, como parece pretender ROXIN, al referirse a nuestros «hermanos lejanos» (fremde Brüder), C. ROXIN, *Strafrecht*, 4. Aufl., München, Beck., &2, VI, nm. 21, p. 18. Ciertamente, «fremde» significa más bien «extraños», pero la expresión se acomoda mejor a la idea de «parientes lejanos»

[233](#)De la que ha dicho ROXIN: «La negación total o parcial de hechos históricos que no supone una aprobación del delito no perjudica la vida en común de las personas vivas, sobre todo porque estos hechos se han probado y su realidad histórica es generalmente reconocida. El auténtico sentido del precepto es mostrar que hoy en día Alemania es un estado purificado que no silencia u oculta los delitos de la época de Hitler. Tal finalidad es digna de encomio. Sin embargo, su persecución no sirva a la protección de bienes jurídicos, y por ese motivo es ilegítimo usar el Derecho penal para su obtención.» C. ROXIN: «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?», en R. Hefendehl (ed): *La teoría del bien jurídico...*, *cit.*, p. 451. En España debe destacarse la declaración de inconstitucionalidad del art. 607.2 (negación del genocidio) por la STC 235/2007, de 7 de noviembre

[234](#)Ver T. HÖRNLE: «La protección de sentimientos en el StGB», *cit.*, pp. 390 y ss. Al tema me he referido en otro lugar; J. C. CARBONELL MATEU: «Principio general de libertad» *cit.*

[235](#)Ver J. MIRA BENAVENT; «Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los

delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo», en G. Portilla Contreras, A. I. Pérez Cepeda, *Terrorismo y contraterrorismo en el Siglo XXI. Un análisis penal y político-criminal*, Salamanca, Ratio Legis, 2016. Sobre la significación de la Reforma de 2015: J. CORRECHER MIRA, «El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas tras la Reforma de la LO 2/2015 en materia de delitos de terrorismo», en *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, 27, 2017. En el mismo sentido del texto: M. L. CUERDA ARNAU: «El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión», en *Estudios de Derecho judicial*, 128, 2007. En un trabajo más reciente, y con referencia a la LO 2/2015, señala la citada autora que «incorpora tipos que invaden espacios constitucionalmente protegidos y, por ende, carecen de la legitimación material que justifica el ejercicio del ius puniendi», «La radicalización terrorista de menores y jóvenes vulnerables (Una aproximación de urgencia)».

[236](#)J. C. CARBONELL MATEU: «Apología de los delitos contra la seguridad interior del Estado», en M. COBO DEL ROSAL (Dir.): *Comentarios a la legislación penal, Tomo II: El Derecho penal del Estado democrático*, Madrid, Edersa, 1983, p. 245.

[237](#)Particularmente crítico --y mordaz-- con la redacción inicial del art. 18 M. COBO DEL ROSAL. «Sobre la apología criminal y los delitos de terrorismo», en J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. M. ZUGALDÍA ESPINAR (coord.): *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo Zapater*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 103 y ss.

[238](#)Ver J. C. CARBONELL MATEU: «Sobre el delito de propaganda ilegal», en *CPC*, 3,1 978, pp. 3 a 48.

[239](#)J. BARQUÍN SANZ, M. OLMEDO CARDENETE. «Artículo 18», en M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, I, Madrid, Edersa, 1999, p. 944.

[240](#)En sentido similar a los autores citados, afirmando que el concepto de apología ha de incluir la incitación indirecta entre otros, B. DEL ROSAL BLASCO, «La apología delictiva en el nuevo Código Penal», en *Estudios sobre el nuevo Código penal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 212. En cualquier caso, hago mía la argumentación de VIVES: «no hay un concepto prejurídico de apología que la identifique con la incitación indirecta, diferenciándola "ontológicamente" de la provocación. Por eso pienso que el legislador puede distinguir entre el concepto de apología en el que pueden tener cabida tanto las incitaciones "indirectas" como las directas, y la punibilidad de la apología que, sin duda, puede ceñirse legítimamente a las últimas, esto es, a aquellos supuestos en que la apología oficia de provocación y es, también, provocación» T. S. VIVES ANTÓN, «Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: El problema de la apología del terrorismo», en *Estudios Penales y Criminológicos XXV*, 2005, pp. 428 y ss.; también en J. L. GÓMEZ COLOMER, J. GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, por la que citaré (pp. 35 y 36). Y discrepo radicalmente de la opinión de BARQUÍN y OLMEDO para los que la definición legal del artículo 18 es «una disposición demagógica introducida en el Código Penal con la única finalidad de quedar bien con unos y con otros y cuya supresión formal nada significaría, desde el momento en que su presencia física en el articulado del Código vigente nada aporta al contenido material de éste». J. BARQUÍN SANZ, M. OLMEDO CARDENETE. «Artículo 18» *cit.* p. 940. (En el mismo sentido, M. COBO DEL ROSAL. «Sobre la apología criminal y los delitos de terrorismo», *cit.* p. 105, que reproduce íntegramente un artículo de prensa publicado por el autor en *La Razón* el 20 de agosto de 2000: «¿qué cateto propósito se persigue con una mención en el artículo 18?, ..., esto es lo que ha dicho el legislador (que la apología no constitutiva de provocación es impune), queriéndolo o no, de forma taimada y palurda».) Ciertamente esto, que la apología no constitutiva de provocación ha de ser impune, parece haber sido la creencia del legislador que ha desnaturalizado la definición de apología hasta convertirla en «letra muerta». Lo peor, con todo, no es tanto eso cuanto haber olvidado que ésa era la única definición constitucionalmente legítima. Ante esto cabe preguntarse en serio dónde está la demagogia a la que se refieren los primeros autores citados o el carácter cateto, palurdo y taimado a los que lo hacía el segundo (mi, por otra parte, tan querido y llorado Maestro).

[241](#)Ver M. L. CUERDA ARNAU: «Delitos de terrorismo, aspectos sustantivos y procesales», en C.

Juanatey Dorado (dir.), C. Fernández-Pacheco Estrada (coord.). *El nuevo panorama del terrorismo en España. Perspectiva penal, penitenciaria y social*, Universidad de Alicante, 2013, pp. 111 y ss., especialmente pp. 116 a 119 donde la autora propone, con absoluto acierto, la desaparición del delito de enaltecimiento del terrorismo.

[242](#) Ver J. MIRA BENAVENT, «Algunas consideraciones...», *cit.*, donde se recuerda la vocación de la legislación antiterrorista de «intentar aislar o neutralizar el contenido político o ideológico que está detrás de este tipo de delitos, es decir, [de]tratar de criminalizar al mismo tiempo la actividad del entorno político o ideológico de los grupos terroristas» p. 108; lo que debe reputarse inconstitucional por suponer una limitación a la libertad de expresión que excede con mucho las establecidas en el artículo 20 y aún las que pudieran derivar de la tutela de cualquier otro derecho; son simples limitaciones impuestas por el criterio dominante que criminaliza la disidencia, pp. 113 y 114.

[243](#) A modo de ejemplo: L. GONZÁLEZ GUITIÁN: «Algunas consideraciones sobre el concepto de apología en el Código Penal y en el Proyecto de 1980», en *Estudios Penales y Criminológicos*, IV, 1981, pp. 283 y ss., así como en «La apología en la reforma penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, mongrf. 6, 1983, pp. 384 y ss.; y M. L. MAQUEDA ABREU: «Algunas reflexiones críticas sobre el concepto de apología», en *Poder Judicial*, 9, 1988, pp. 9 y ss.

[244](#) Se recogió así el criterio establecido en el Informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de 1992, del que fue Ponente Tomas Vives. Ver la referencia en T. S. VIVES ANTÓN, «Sistema democrático y concepciones del bien jurídico», *cit.*, p. 35. En el Informe citado, y en referencia a la constitucionalidad del castigo de la apología se alude al planteamiento suscitado en los Estados Unidos a propósito del «libelo sedicioso» introducido por la *Sedition Act* de 1778. Sin remontarnos tan lejos, sí debe destacarse que el Informe alude a lo que denomina *standard* actualmente aplicable, que se hallaría en la Sentencia *Brandenburg vs. Ohio* de 1969. «Conforme a él, el Estado no puede prohibir o castigar la apología del uso ilegal de la fuerza a menos que se dirija a provocar o producir una acción legal inminente y sea apta para incitar o producir tal acción». En el mismo sentido, «el art. 18.1 CP establece el criterio general de intrascendencia de la apología», A. ALONSO RIMO, «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 4, julio 2010, pp. 20 y ss., donde se recoge la discusión doctrinal en torno a los conceptos de apología e incitación indirecta, para rechazar el carácter punible de esta última. A modo de ejemplo, recoge las palabras de B. DEL ROSAL BLASCO: «La apología delictiva en el nuevo Código penal de 1995», en *CPC*, 58, 1996, p. 88: «La apología, que no es igual que la provocación, porque no es una incitación directa, sino una incitación indirecta, sólo se castigará cuando se convierta en una provocación».

[245](#) J. C. CARBONELL MATEU: «Terrorismo: algunas reflexiones sobre el concepto y el tratamiento penal», en J. L. GÓMEZ COLOMER, J. GONZÁLEZ CUSSAC (coord.). *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 52; en el mismo sentido, expresamente M. CANCIO MELIÁ: *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Madrid, Reus, 2010, p. 272. La inmensa mayoría de la doctrina se sigue refiriendo al precepto como «apología del terrorismo». Ver al respecto, M. LLOBET ANGLÍ: *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*, Las Rozas, La Ley, 2010, pp. , 440 y 441, especialmente nota 1398.

[246](#) En el mismo sentido, M. CANCIO MELIÁ: *Los delitos de terrorismo*, *cit.*, p. 272.

[247](#) De «delito de adhesión o justificación en relación con las infracciones de terrorismo o sus autores» le denomina Cancio. M. CANCIO MELIÁ: *Los delitos de terrorismo*, *cit.* p. 271.

[248](#) En el mismo sentido, A. MANJÓN-CABEZA OLMEDO: *Apología*, p. 574, aludiendo a la Exposición de Motivos de la LO 7/2000, que introdujo la figura en el CP 1995.

[249](#) Ver por todos, J. MIRA BENAVENT; «Algunas consideraciones político-criminales...», *cit.* Estamos ante una clarísima manifestación de «Derecho penal del enemigo». Ver sobre este concepto

G. JAKOBS, M. CANCIO MELIÁ: *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed. Madrid, Thompson Civitas, 2006.

[250](#) Como la mantenida para el delito de negación o justificación del genocidio (art. 607.2) por la STC 235/2007: «La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de este delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que, aunque sea de una forma indirecta, *supongan una provocación* al genocidio»(...), siempre que no se entiendan incluidas en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el artículo 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE.» Ver J. A. RAMOS VÁZQUEZ: en *Anuario da Facultade de Direito da Universidade da Coruña* 12, 2008, pp. 789 y ss.; M. CANCIO MELIÁ: *Los delitos de terrorismo*, cit. p. 286. Este último autor, pese a criticar desde el punto de vista político-criminal la inclusión del 578 parece no descartar su constitucionalidad. También se pronuncia por su ilegitimidad, al menos si se interpreta literalmente, A. ALONSO RIMO, «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», cit., p. 48.

[251](#) Inclusión que admite como justificada M. CANCIO MELIÁ: *Los delitos de terrorismo*, cit. pp. 272 y 273, nota 798, con cita expresa de F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 16 ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 897.

[252](#) Concepto que cada vez ha ido extendiéndose hasta desbordar los límites de la lógica. Es imposible en este trabajo referirnos siquiera como simple cita a la extensa Bibliografía que, no ya en general sino incluso sólo entre nosotros, se ha referido al concepto y la regulación del terrorismo. Pero resulta imprescindible recordar los más importantes además de los aludidos en este trabajo: C. LAMARCA PÉREZ: *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1985 y J. M. TERRADILLOS BASOCO: *Terrorismo y Derecho. Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del código penal y de la ley de enjuiciamiento criminal* Madrid, Tecnos, 1988.

[253](#) Ver específicamente sobre la finalidad en los delitos de terrorismo, A. ASÚA BATARRITA: «Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental», en *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2002, pp. 41 y ss. Especialmente interesante, Y. FAKHORI GÓMEZ: *¿Qué es el terrorismo? Un intento de ponerle sábana al fantasma*, Bogotá, Universidad de Los Andes, Grupo Editorial Ibáñez, 2014.

[254](#) Citadas ambas por M. CANCIO MELIÁ: *Los delitos de terrorismo*, cit. pp. 282 y 283. También en M. COBO DEL ROSAL: «Sobre la apología criminal y los delitos de terrorismo», cit. pp. 107 y ss. y A. ASÚA BATARRITA: «Concepto jurídico de terrorismo...», cit. p. 70.

[255](#) Ver M. REVENGA SÁNCHEZ (dir.): *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre* Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, donde se recogen diferentes aportaciones, así como la importante obra también colectiva C. JUANATEY DORADO (dir.): *El nuevo panorama del terrorismo en España. Perspectiva penal, penitenciaria y social*, Universidad de Alicante, 2013.

[256](#) Véase el excelente trabajo que aborda concretamente el enaltecimiento pero que se refiere a distintos aspectos de la reforma de J. CORRECHER MIRA: «El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas tras la Reforma de la LO 2/2015 en materia de delitos de terrorismo» cit. (en nota 8).

[257](#) Lo que debería haber significado la desaparición del terrorismo de ETA puede verse en la obra colectiva: A. CUERDA RIEZU (dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, Madrid, Tecnos, 2016. Es preciso referirse a que la legislación antiterrorismo se presenta como excepcional y de emergencia, pero ha adquirido una clara vocación de permanencia, tanto desde el punto de vista formal --contenidos de leyes especiales pasan al Código común-- como, sobre todo, material, en lo

que supone de afección injustificado a los derechos fundamentales. Ver por todos, J. M. TERRADILLOS BASOCO: *Terrorismo y Derecho*, cit., pp. 19 y ss.: como afirma el autor homenajeado en estas páginas: «De este modo la simple existencia del terrorismo se utiliza como factor legitimador de la actuación del poder estatal, y la vida política queda polarizada, siguiendo el esquema de Schmitt, en una tensión amigo-enemigo que agota la pluralidad inherente al sistema democrático y la reduce a la opción Estado-terrorismo, sin que quepan posturas intermedias o indiferentes.» (*Ibíd.*, p. 17).

[258](#)En el mismo sentido, la apología del terrorismo es un delito de opinión, vid. por todos J. M. TERRADILLOS BASOCO: *Terrorismo y Derecho*, cit. p. 19.

[259](#)Dando continuidad a un Derecho penal que recoge cada más los postulados del Derecho penal del enemigo y que pretende anular todo aquello que no responda a un pensamiento único y a un ciudadano (o súbdito)-tipo. Ver E. ORTOS BERENGUER, J. C. CARBONELL MATEU, «Un Derecho penal contra el pluralismo y la libertad», en J. C. CARBONELL MATEU y otros (dirs.): *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 181 y ss.

[260](#)Por más que ya hace tiempo que el TS no exigía ni ánimo de provocar ni siquiera potencialidad provocadora. Así, por ejemplo. STS de 19 de febrero de 2007, entre otras. También un sector doctrinal venía haciendo una interpretación muy literal del art. 578, que comporta una limitación a la libertad de expresión de muy difícil --por no decir imposible-- aceptación constitucional. Puede verse un completo análisis de doctrina y jurisprudencia, en A. ALONSO RIMO, «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales» cit., pp. 38 y ss.

[261](#)Ver la posición crítica de T. HÖRNLE: «La protección de sentimientos en el StGB» cit., p. 390.

[262](#)J. C. CARBONELL MATEU: «Libertad de expresión, enaltecimiento e injurias a la Corona», en *Info Libre*, 25 febrero 2017.

[263](#)El presente artículo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación DER2014-53449-R titulado «Incitación a la violencia y discurso del odio en Internet. Alcance real del fenómeno, tipologías, factores ambientales y límites de la intervención jurídica frente al mismo», del Ministerio de Economía y Competitividad.

[264](#)Véase, J. M. Terradillos Basoco, *Terrorismo y Derecho: Comentario a las Leyes Orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, Tecnos, 1988, y recientemente, J. M. Terradillos Basoco, «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», *Nuevo Foro Penal*, 87 (2016).

[265](#)Sobre esto, véase el análisis que hice en F. Miró Llinares, «Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo: política criminal frente al terrorismo en los Estados Democráticos antes y después del 11 de septiembre de 2001», *Cuadernos de Política Criminal*, 87 (2005), pp. 85-104.

[266](#)F. Miró Llinares, «La criminalización de conductas "ofensivas". A propósito del debate anglosajón sobre los "límites morales" del Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 17-23 (2015).

[267](#)Que fue reformado por la LO 2/2015, de 30 de marzo, para incluir un importante compendio de modificaciones que van desde el aumento de la pena hasta la inclusión de agravantes y medidas de retirada de los contenidos.

[268](#)J. A. Lascuraín Sánchez, B. Mendoza Buergo, y Rodríguez Mourullo (Coord.), *Código Penal*, Madrid, Civitas, 2004, p. 2701.

[269](#)A. Asúa Batarrita, «Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental», en J. Echano Basaldúa (Coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2002, p. 70.

[270](#)A. Alonso Rimo, «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 4 (2010), pp. 42 y ss.

[271](#)J. Bernal del Castillo, «La justificación y enaltecimiento del genocidio en la Reforma del Código Penal de 2015», *Indret*, 2 (2016), pp. 12 y ss. Un resumen de las críticas a esta concepción del delito de enaltecimiento como delito de «clima» en A. Alonso Rimo, «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», *cit.*, pp. 57 y ss.; sobre las críticas a la criminalización de la consideración de la apología A. Asúa Batarrita, «Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental», *cit.*, y en general sobre los delitos de clima, especialmente para el delito de odio, J. Landa Gorostiza, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Granada, Comares, 2001.

[272](#)En este sentido, M. L. Cuesta Arnau, «El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión», *Estudios de Derecho Judicial*, 128 (2007), pp. 107 y ss.; A. Manjón-Cabeza Olmeda, «Apología del terrorismo», en E. Octavio de Toledo y Ubieto, M. Gurdíel Sierra, E. Cortés Bechiarelli (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 580 y 581; y C. Lamarca Pérez, «Legislación penal antiterrorista: análisis crítico y propuestas», *Azpilcueta*, 20 (2008), p. 210, para quien «la modificación ha supuesto entonces un retorno a la legislación anterior a 1995 pues ahora la apología se configura como un tipo autónomo en el que además ya no se exige que constituya incitación directa a delinquir».

[273](#)Sobre ello, F. Miró Llinares, «La criminalización de conductas "ofensivas". A propósito del debate anglosajón sobre los "límites morales" del Derecho penal», *cit.*, pp. 2 y ss.

[274](#)Así lo entienden E. Agudo, M. Jaén, Á. L. Perrino, *Terrorismo en el siglo XXI. La respuesta penal en el escenario mundial*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 168; M. J. Rodríguez Puerta, «De los delitos de terrorismo», en G. Quintero Olivares, F. Morales Prats (Coords.), *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona, 2004, p. 2538; S. Arroyo Alfonso, «Tendencias del Derecho Penal», *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, 2 (2001), p. 583; B. Feijoo Sánchez, «Sobre el contenido y la evolución del Derecho penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 4 (2001), p. 52; C. Alonso Mauricio, «La libertad de expresión del terrorista en España», *El tiempo de los Derechos*, 16 (2014), p. 8.

[275](#)De este modo lo entiende la STS nº 820/16, de 2 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5197), «la figura de la humillación a las víctimas del terrorismo [...] también sin duda golpea sentimientos de solidaridad de la comunidad que en todo delito de terrorismo percibe un ataque a la convivencia pacífica construida entre todos».

[276](#)En este sentido, también M. L. Cuesta Arnau, «Delitos de terrorismo: aspectos sustantivos y procesales», en C. Juanatey Dorado (Dir.), C. Fernández-Pacheco Estarada (Coord.), *El nuevo panorama del terrorismo en España. Perspectiva penal, penitenciaria y social*, Alicante, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2013, p. 117: «el enaltecimiento del terrorismo no es una conducta inofensiva. Son conductas que permiten rodear el entorno terrorista de un gran apoyo social y que duelen a las víctimas. Son conductas que plantean diferentes problemas y que en cualquier caso generan inestabilidad social».

[277](#)Así, entre otras, las recientes SAN núm. 1/2017, de 12 de enero; SAN núm. 12/2017, de 21 de marzo; SAN núm. 2/2017, de 26 de enero; o en sentido absolutorio, la SAN núm. 15/2017, de 29 de marzo, entre otras.

[278](#)Que publicó tuits como «Han tenido que cerrar el cementerio de las niñas de Alcazar para que no vaya Irene Villa a por repuestos», por los que fue enjuiciado por un delito de humillación a las víctimas del terrorismo del que finalmente fue absuelto en la SAN núm. 35/2016 de 15 de noviembre.

[279](#)En el que se enjuicia mediante la SAN núm. 20/2016, de 18 de julio, la publicación de tuits del siguiente tenor: Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco. En este caso, la AN dictó sentencia absolutoria pero, el TS finalmente le impuso un año de prisión y seis años y medio de inhabilitación absoluta, por el delito de enaltecimiento al terrorismo y humillación a sus víctimas. La STS 4/2017 de 18 enero, explica que el artículo 578 CP ha de interpretarse de forma literal a lo que añade que «la libertad ideológica o de expresión no pueden ofrecer cobijo a la exteriorización de expresiones que encierran un injustificable desprecio hacia las víctimas del terrorismo, hasta conllevar su humillación».

[280](#)Condenada en la SAN núm. 9/2017, de 29 de marzo, por un delito de enaltecimiento al terrorismo y humillación a sus víctimas, a un año de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de un año, e inhabilitación absoluta durante siete años por la publicación de tuits como «ETA impulsó una política contra los coches oficiales combinada con un programa espacial».

[281](#)En particular, el TS en diferentes sentencias ha señalado con claridad que no es posible exigir para la realización típica ningún tipo de incitación directa. Así, se ha pronunciado en diversas sentencias como las STS núm. 149/2007, de 26 de febrero; la STS núm. 224/2010, de 3 de marzo; y la STS núm. 821/2011 de 21 de julio.

[282](#)Sí hay una referencia genérica en la STS núm. 4/2017, de 18 de enero, relativa al caso de César Strawberry, mientras que en algún caso, como en el de Valtynec, la referencia es expresa (SAN núm. 4/2017, de 21 de febrero).

[283](#)En este sentido, lo expresa de la siguiente manera: «es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado "discurso del odio" son las que proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes».

[284](#)SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) núm. 35/2016 de 15 noviembre (ARP\2016\1117).

[285](#)Entre otras, la STS núm. 623/2016, 13 de julio (RJ 2016, 3531).

[286](#)C. Lamarca Pérez, «Legislación penal antiterrorista: análisis crítico y propuestas», *cit.*, p. 210.

[287](#)A. Nieto Martín, «Título XXII. Delitos contra el orden público», en L. Arroyo Zapatero, I. Berdugo Gómez de la Torre, J. C. Ferré Olivé, N. García Rivas, J. R. Serrano Piedecabras, J. M. Terradillos Basoco (Dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Iustel, 2007. En el mismo sentido, C. Lamarca Pérez, «Legislación penal antiterrorista: análisis crítico y propuestas», *cit.*, pp. 210 y 211, que expresa que este injusto «está mucho más cercano a los delitos de injurias o a los nuevos delitos contra la integridad moral por lo que, además de cuestionarse su ubicación en este precepto, en un vano intento de asemejar ambas conductas, cabe preguntarse si no era suficiente con la existencia en el texto punitivo de estos ilícitos».

[288](#)E. Garro Carrera y J. De la Cierva, «La libertad de expresión y la delimitación de sus contornos en la lucha contra el terrorismo», en J. L. De la Cuesta y I. Muñagorri (Dirs.), *Aplicación de la normativa antiterrorista*, Donostia, IVAC/KREI, 2009, p. 369. En el mismo sentido, C. Lamarca Pérez, «La regulación del terrorismo en el Código Penal español», en F. Pérez Álvarez, M. A. Núñez Paz, I. García Alfaraz (Coords.), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2014, p. 370.

[289](#)Así, la SSTS núm. 623/2016, de 13 de julio; 4/2017, de 18 de enero; la SAN núm. 9/2017, de 29 de marzo.

[290](#)M. L. Cuerda Arnau, «Delitos de terrorismo: aspectos sustantivos y procesales», *cit.*, pp. 111 y ss.

[291](#)SSTS núm. 846/2015; 335/2017.

[292](#)Así lo entiende M. J. Dolz Lago, «Las actuaciones del Ministerio Fiscal en defensa de la dignidad de las Víctimas del Terrorismo», en A. H. Català i Bas (Dir.), F. García Mengual (Coord.), *El reconocimiento de las víctimas del terrorismo a través de la legislación y la jurisprudencia*, Cátedra de Derecho Autonómico Valenciano, Valencia, Fundación Profesor Manuel Broseta, Universitat de València, 2013. Sobre el concepto de víctima se pronunció el Tribunal Supremo en la STS núm. 656/2007, que enjuició el caso del grupo musical Sociedad Alkoholica y entendió que el concepto de víctima no se podía extender a todos los miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sino que el concepto de víctima directa son las personas que «sufran lesiones corporales o daños graves en su salud física o mental como consecuencia de cualquier delito terrorista; y en caso de muerte, a título de víctimas «indirectas» diversos familiares».

[293](#)Ello porque el concepto de dignidad en un sentido colectivo, ha sido empleado más de lo deseable, como un «símbolo o enunciación sintética del estatuto básico de la especie humana». P. M. De la Cuesta Aguado, «Persona, dignidad y derecho penal», en M. B. Santos, L. Arroyo Zapatero, A. Nieto Martín, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In memoriam*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2001, p. 227.

[294](#)Señala la resolución que «las víctimas del terrorismo constituyen una realidad incuestionable, que merecen respeto y consideración, con independencia del momento en que se perpetró el sangriento atentado, que por cierto cegó la vida de otras dos personas, no tan relevantes pero asimismo merecedoras de la misma deferencia».

[295](#)Es llamativa la sentencia del Caso Zapata porque la misma fue absolutoria dándose la circunstancia de que la principal víctima de las ofensas, Irene Villa, declaró en el propio juicio no sentirse ofendida ni afectada en su honor. Dada la absolución podríamos pensar que fue precisamente en la exigencia de un daño a estos intereses, inexistente en este caso, donde se centraría la argumentación del Tribunal para llegar a la absolución, fortaleciéndose la idea de que se trataría de un delito que exige la afectación del interés individual de una víctima. Sin embargo, no es ese el argumento que utiliza el tribunal para absolver, sino la falta de continuidad en las expresiones que ofenden a las víctimas del terrorismo y que no se dan, según el tribunal, en este caso, al haber tan sólo una mera expresión referida a esta víctima. En efecto, señala la sentencia que el tipo objetivo del 578 requiere «distintas expresiones», derivado de que el precepto habla de «realización de actos» que no se dan en el supuesto de hecho.

[296](#)T. Vives Antón, «Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo», *Estudios Penales y Criminológicos*, 25 (2004), pp. 178 y ss.

[297](#)La STC núm. 214/1991 admitió por primera vez la posibilidad de afectar al honor de determinados colectivos. El TC concede el amparo al honor colectivo del pueblo judío, en tanto en cuanto, es una víctima concreta de la Alemania nazi, la que invoca un interés individual y legítimo. El TC en este caso, entendió que «desde su doble condición, de ciudadana de un pueblo como el judío [...], y, de la de descendiente de sus padres, abuelos maternos y bisabuela (personas todas ellas que fueron asesinadas en el referido campo de concentración)», hace concluir que la demandante cumple con el requisito de invocación de un interés que puede considerarse legítimo «a los objetos de obtener el restablecimiento del derecho al honor de la colectividad judía».

[298](#)P. Lorenzo Copello, «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIX. *Cursoso e Congressos*, 95 (2012), Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. Disponible en Internet, en: [#sdfootnote299anc" _mce_href="#sdfootnote299anc" name="sdfootnote299sym"299](#)Lo único que se exige es la ofensividad de la expresión. Así la SAN núm. 20/2016 de 18 de julio, relativa al caso de César Strawberry cuando se señala que el comportamiento despectivo o degradante respecto a un grupo de personas no puede encontrar amparo en el ejercicio de las libertades garantizadas en el art. 20.1 CE, que no protegen «las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas», por

todas, la STC núm. 174/2006, de 5 de junio (RTC 2006, 174), FJ 4; la STC núm. 204/2001, de 15 de octubre (RTC 2001, 204), FJ 4; la STC núm. 110/2000, de 5 de mayo (RTC 2000, 110), FJ 8). En la misma línea, la SAN núm. 4/2017, de 21 de febrero, entre otras.

[300A](#). Asúa Batarrita, «Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental», *cit.*

[301F](#). Miró Llinares, «La criminalización de conductas "ofensivas". A propósito del debate anglosajón sobre los "límites morales" del Derecho penal», *cit.*, pp. 13 y ss.

[302](#)Para Juan Terradillos, maestro cuyas obras han acompañado toda mi vida académica, con afecto y admiración.

[303](#)En las siguientes páginas se hará uso de este término pese a las críticas de algunos autores que lo consideraron en su día un «neologismo», en palabras de T. S. VIVES ANTÓN/ J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «Art. 301», en T. S. Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 1461; «puro argot», en expresión del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe sobre el Proyecto de Código penal de 1992*, Madrid, CGPJ, 1992, p. 245; o un término «más propio de la jerga periodística que de un Código Penal», como señalaba M. BAJO FERNÁNDEZ, «Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos», en AA.VV., *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, Edersa, 1993, p. 146. Utilizaré el término blanqueo por dos razones: la primera, porque ha recibido el respaldo que supone su uso en el lenguaje comunitario, como demuestra el texto español de las directivas europeas en la materia, y la segunda, porque también es el término escogido por el legislador español a la hora de redactar el precepto correspondiente del Código penal de 1995.

[304](#)Ubicación discutida por quienes entienden que, al menos en la modalidad imprudente, «el injusto de esta infracción es el del blanqueo de capitales», no debiendo haber sido incluida entre los delitos de terrorismo, como M. CANCIO MELIÁ, «Delitos contra el orden público», en AA.VV., *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal 2011*, Madrid, Ediciones Francis Lefebvre, 2011, p. 1680.

[305](#)Esta referencia expresa al blanqueo se introdujo en la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. En su redacción original la rúbrica era «De la receptación y otras conductas afines». Antes de la reforma se había puesto en duda esa supuesta «afinidad» del blanqueo con la receptación. Cfr. por todos, I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ E. A. FABIÁN CAPARRÓS, «La "emancipación" del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español», *La Ley* 2010-5, pp. 1918-1920; E. A. FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Colex, 1998, pp. 353 y ss.; J. A. ZARAGOZA AGUADO, «El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación», en A. Martínez Arrieta (Dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero. Normativa comunitaria*, Madrid, CGPJ, 1994, p. 115.

[306](#)Estos son algunos de los primeros instrumentos internacionales que hicieron referencia al blanqueo de bienes en un contexto de Derecho imperativo. El primero fue la Recomendación (80)10 relativa a las medidas contra la transferencia y el encubrimiento de capitales de origen criminal, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. No mencionaba el narcotráfico, pues se centró en el rastreo del dinero producto de los secuestros y robos entonces cometidos por terroristas de extrema izquierda, especialmente en Alemania e Italia (la Fracción del Ejército Rojo y las Brigadas Rojas, respectivamente). No obstante, ya apuntaba a la importancia del sistema financiero en la prevención de la inserción y transferencia de capitales de origen delictivo. Por su parte, en diciembre de 1988, la Declaración de Principios del Comité para la reglamentación bancaria y las prácticas de vigilancia de Basilea, integrado por los gobernadores de los bancos centrales de los países miembros del G7, conocida como Declaración de Basilea en materia de blanqueo de capitales, ya había hecho referencia a la necesidad de una actuación preventiva por parte del sistema financiero, pero a título de mera recomendación.

[307J](#). ÁLVAREZ-SALA WALTHER, *El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas*, Madrid,

[308](#)Sobre el proceso legislativo que culminó en su aprobación, vid. F. JOHNIGK, «Anwaltstätigkeit und 2. EU-Geldwäscherichtlinie», en Europäische Anwaltsvereinigung, *Bekämpfung der Geldwäsche. 24. Tagung der DACH in Bad Ragaz vom 10.-12. Mai 2001*, Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, pp. 87-100.

[309](#)También se produjeron algunos cambios en la regulación penal del blanqueo de capitales: se modifica el primer párrafo del art. 301.1 CP para incluir dos nuevas conductas típicas, poseer y utilizar, pero también para permitir el castigo del autoblanqueo, cuestión sumamente discutida hasta esta reforma. Vid. al respecto P. FARALDO CABANA, «Cuestiones relativas a la autoría en los delitos de blanqueo de bienes», en L. M. Puente Aba (Dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Granada, Comares, 2008, pp. 161-194; de la misma autora, «Antes y después de la tipificación expresa del delito de autoblanqueo de bienes», *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXIV, 2014, pp. 41-79. Además, se introduce como tercer párrafo del art. 301.1 CP un nuevo tipo agravado cuando el delito origen de los bienes que se blanquean sea alguno de los delitos de cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios público, abusos en el ejercicio de su función, delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales o delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.

[310](#)De acuerdo con su art. 2, «1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer:

a) Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese tratado;

b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

... 3. Para que un acto constituya un delito enunciado en el párrafo 1, no será necesario que los fondos se hayan usado efectivamente para cometer un delito mencionado en los apartados a) o b) del párrafo 1.

4. Comete igualmente un delito quien trate de cometer un delito enunciado en el párrafo 1 del presente artículo.

5. Comete igualmente un delito quien:

a) Participe como cómplice en la comisión de un delito enunciado en los párrafos 1 o 4 del presente artículo;

b) Organice la comisión de un delito enunciado en los párrafos 1 o 4 del presente artículo o dé órdenes a otros de cometerlo;

c) Contribuya a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 o 4 del presente artículo por un grupo de personas que actúe con un propósito común. La contribución deberá ser intencionada y hacerse:

i) Ya sea con el propósito de facilitar la actividad delictiva o los fines delictivos del grupo, cuando esa actividad o esos fines impliquen la comisión de un delito enunciado en el párrafo 1 del presente artículo; o

ii) Ya sea con conocimiento de la intención del grupo de cometer un delito enunciado en el párrafo 1 del presente artículo».

[311](#)Esta desatención por parte de los Estados ha ido seguida también de una cierta falta de interés en la doctrina, en la que se encuentran pocos estudios al respecto. En España, solo una monografía, la de L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*, Tecnos, Madrid, 2008. En el Derecho comparado, apenas unas pocas contribuciones, entre ellas A. AUST, «Counter Terrorism - A New Approach: The International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism», *Max Planck Yearbook of the United Nations Law*, 5, pp. 285-306; A. GIOA, «The UN Conventions on the Prevention and Suppression of International Terrorism», en G. Nesi (Ed.), *International Cooperation in Counter-terrorism: The United Nations and Regional Organizations in the Fight Against Terrorism*, Aldershot, Ashgate, 2006, pp. 3-23; R. LAVALLE, «The International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 60, 2000, pp. 491-510; y M. SERRANO, «The Political Economy of Terrorism», En J. Boulden/ T. G. Weiss (Eds.), *Terrorism and the UN: Before and After September 11*, Bloomington, Indiana University Press, 2004, pp. 198-218. Sobre las posibles razones de este escaso interés, vid. M. LEHTO, *Indirect Responsibility for Terrorist Acts. Redefinition of the Concept of Terrorism Beyond Violent Acts*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, pp. 255 y ss., que ofrece un exhaustivo análisis del convenio.

[312](#)Sobre el cambio producido en la respuesta de las Naciones Unidas al terrorismo a partir de 2001, en particular en relación con el cada vez mayor protagonismo del Consejo de Seguridad frente a la Asamblea General, como había ocurrido antes de la década de los noventa, vid. J. BOULDEN/ T. G. WEISS, «Whither Terrorism and the United Nations?», en J. Boulden/ T. G. Weiss (Ed.), *Terrorism and the UN. Before and After September 11*, Bloomington, Indiana University Press, 2004, pp. 10-15, y con mayor detalle C. de JONGE OUDRAAT, «The Role of the Security Council», en J. Boulden/ T. G. Weiss (Ed.), *Terrorism and the UN. Before and After September 11*, cit., pp. 151-172.

[313](#)Así, se dispone que el Consejo de Seguridad: «1. *Decide* que todos los Estados:

(a) Prevengan y repriman la financiación de los actos de terrorismo;

(b) Tipifiquen como delito la provisión o recaudación intencionales, por cualesquiera medios, directa o indirectamente, de fondos por sus nacionales o en sus territorios con intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para perpetrar actos de terrorismo;

(c) Congelen sin dilación los fondos y demás activos financieros o recursos económicos de las personas que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo o participen en ellos o faciliten su comisión; de las entidades de propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas, y de las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas y entidades o bajo sus órdenes, inclusive los fondos obtenidos o derivados de los bienes de propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas y de las personas y entidades asociadas con ellos;

(d) Prohíban a sus nacionales o a todas las personas y entidades en sus territorios que pongan cualesquiera fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros o servicios conexos de otra índole, directa o indirectamente, a disposición de las personas que cometan o intenten cometer actos de terrorismo o faciliten su comisión o participen en ella, de las entidades de propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas y de las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas o bajo sus órdenes.

[314](#)En esta Decisión marco se incluye entre los delitos relativos a un grupo terrorista, recogidos en el art. 2, que los Estados están obligados a tipificar, la «participación en las actividades de un grupo terrorista, incluido el suministro de información o medios materiales, o mediante cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que esa participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo terrorista».

[315](#) Sin negar que los atentados del 11 de septiembre hayan influido en la rapidez con que se aprobaron, conviene destacar que en el caso de la Directiva ya existía un proyecto anterior, además del hecho de que encaja sin dificultad entre los instrumentos que ya estaban siendo adoptados antes de los atentados en el marco del tercer pilar. Así lo destaca A. WEYEMBERGH, «La Coopération pénale européenne face au terrorisme: rupture ou continuité?», en K. Bannelier y otros (Eds.), *Le Droit International face au terrorisme*, París, Editions Pédone, 2002, p. 289.

[316](#) Así, M. LEHTO, *Indirect Responsibility for Terrorist Acts*, cit., pp. 305-309.

[317](#) Sobre estas dos formas de financiación, vid. A. ACHARYA, *Targeting Terrorist Financing. International cooperation and new regimes*, Abingdon, Routledge, 2009, pp. 52 y ss.; con casos reales, M. FREEMAN, *Financing Terrorism. Case Studies*, Abingdon, Routledge, 2016.

[318](#) Vid. por todos J. GURULÉ, *Unfunding Terror. The Legal Response to the Financing of Global Terrorism*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2008.

[319](#) Sobre él, V. MITSILEGAS, «Countering the chameleon threat of dirty money: "hard" and "soft" law in the emergence of global regime against money laundering and terrorist finance», en A. Edwards/ P. Gill (Ed.), *Transnational Organised Crime. Perspectives on global security*, London, Routledge, 2003, pp. 205-207.

[320](#) Por ej., L. NAPOLEONI, «The Evolution of Terrorist Financing Since 9/11: How the New Generation of Jihadists Fund Themselves», en S. S. Costigan/ D. Gold (Ed.), *Terroronomics*, Aldershot, Ashgate, 2007, pp. 20-22; M. PIETH, «Criminalizing the Financing of Terrorism», *Journal of International Criminal Justice*, 4, 2006, p. 1076; J. M. WINER, «Globalization, Terrorism Finance and Global Conflict - Time for a White List?», en M. Pieth (Ed.), *Financing Terrorism*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer Academic Publishers, 2002, p. 5.

[321](#) FINANCIAL ACTION TASK FORCE ON MONEY LAUNDERING, *Report on Money Laundering Typologies 2000-2001*, París, 2001, p. 16, disponible en la página web [#sdfootnote322anc" _mce_href="#sdfootnote322anc" name="sdfootnote322sym"322](#) El art. 18.1 b) propone a los Estados parte que consideren implementar una prohibición de apertura de cuentas cuando los titulares no estén identificados, que se obligue a las entidades financieras a verificar la existencia jurídica de las sociedades a las que presten servicios, que se exima de responsabilidad civil o penal por violar el secreto profesional a las entidades financieras cuando proporcionen información de buena fe a las autoridades y que se les obligue a guardar durante cinco años los registros de todas sus operaciones. Es evidente la inspiración en las recomendaciones núm. 5, relativa a identificación de los clientes de las entidades financieras, 10, sobre la obligación de guardar los registros de operaciones durante cinco años, o 13, en relación con las obligaciones de información a las autoridades.

[323](#) Sobre este papel, vid. K. ALEXANDER, «The international anti-money-laundering regime: the role of the financial action task force», *Journal of Money Laundering Control*, 4(3), 2001, pp. 231-248.

[324](#) Que sirvieron en su día para complementar la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, la cual, como se ha tenido ocasión de apuntar, no contenía medidas relativas a la prevención del blanqueo, aunque sí a su represión.

[325](#) En octubre de 2004 se añadió una más.

[326](#) De acuerdo con la recomendación núm. 2, «tipificación de la financiación del terrorismo y el blanqueo asociado», «cada país debe tipificar como delito la financiación del terrorismo, de los actos terroristas y de las organizaciones terroristas. Los países deberán asegurarse que tales delitos se establezcan como delitos previos del de lavado de activos». Por su parte, la recomendación núm. 3, «Congelamiento y decomiso de activos terroristas», dispone que «cada país deberá implementar

medidas para congelar sin dilación los fondos u otros activos de los terroristas, de aquellos que financien el terrorismo y de las organizaciones terroristas, de acuerdo con las resoluciones de las Naciones Unidas relativas a la prevención y supresión de la financiación de los actos terroristas. Cada país también deberá adoptar e implementar las medidas, incluidas las legislativas, que permitan a las autoridades competentes la incautación, el embargo y el decomiso de la propiedad que procede, se utiliza o se intenta utilizar o destinar a la financiación de terrorismo, los actos terroristas o las organizaciones terroristas». De acuerdo con la recomendación núm. 4, «Informe de transacciones sospechosas relativas al terrorismo», «si las instituciones financieras u otros negocios o entidades sujetas a las obligaciones de control del lavado de activos, sospechan o tienen indicios razonables para sospechar que existen fondos vinculados o relacionados con o que pueden ser utilizados para el terrorismo, los actos terroristas o por organizaciones terroristas, se les debe obligar a que informen rápidamente de sus sospechas a las autoridades competentes».

[327](#)Tanto las 40 relativas al blanqueo como las 9 relacionadas con la financiación del terrorismo, puesto que el GAFI advierte expresamente que las primeras también son aplicables a la financiación del terrorismo. FATF, *Annual Report 2002-2003*, Paris, 2003, disponible en la página web [#sdfootnote328anc" _mce_href="#sdfootnote328anc" name="sdfootnote328sym"328](#)Por ej., la núm. 6, relativa a medios alternativos de transferencia de dinero, o la 9, en relación con el transporte físico de dinero a través de la frontera.

[329](#)FATF, *Guidance Notes for the Special Recommendations on Terrorist Financing and the Self-Assessment Questionnaire*, cit., p. 1.

[330](#)Cfr. A. KERSTEN, «Financing of Terrorism - a Predicate Offense?», en M. Pieth (Ed.), *Financing Terrorism*, cit., pp. 49-56. En efecto, vid. la Guía del GAFI sobre la aplicación del enfoque basado en el riesgo para los profesionales del ámbito jurídico (versión en inglés), disponible en la página web [#sdfootnote331anc" _mce_href="#sdfootnote331anc" name="sdfootnote331sym"331](#)J. M. RODRÍGUEZ CÁRCAMO, *La prevención de la financiación del terrorismo: Derecho internacional e interno*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2004, p. 236.

[332](#)M. LEHTO, *Indirect Responsibility for Terrorist Acts*, cit., p. 258.

[333](#)R. CARISCH, «Institutionalized Responses to 9/11», en S. S. Costigan/ D. Gold (Ed.), *Terrornomics*, cit., pp. 165-166.

[334](#)En este sentido, M. LEHTO, *Indirect Responsibility for Terrorist Acts*, cit., p. 257.

[335](#)Vid. B. VETTORI, *Tough on Criminal Wealth. Exploring the Practice of Proceeds from Crime Confiscation in the EU*, Dordrecht, Springer, 2006; P. C. VAN DUYNE/ W. DE ZANGER/ F. H. G. KRISTEN, «Greedy of crime-money. The reality and ethics of asset recovery», en P. C. Van Duyne, P. C., et al. (Eds), *Corruption, greed and crime money. Sleaze and shady economy in Europe and beyond*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2014, pp. 235 y ss.

[336](#)Cfr., entre otros, A. ACHARYA, *Targeting Terrorist Financing. International cooperation and new regimes*, cit., p. 133; P. REUTER/ E. M. TRUMAN, *Chasing Dirty Money. The fight against money laundering*, Washington D.C., Institute for international Economics, 2004, p. 147.

[337](#)En este sentido, R. E. BELL, «The Confiscation, Forfeiture and Disruption of Terrorist Finances», *Journal of Money Laundering Control*, 7(2), 2003, pp. 120-121.

[338](#)Vid. sin embargo, V. MANES, «L'ultimo imperativo della politica criminale: *nullum crimen sine confiscatione*», en AAVV, *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 129-150.

[339](#)R. T. NAYLOR, «Follow-the-Money Methods in Crime Control Policy», en M. E. Beare (Ed.), *Critical Reflections on Transnational Organized Crime, Money Laundering, and Corruption*, Toronto, University of Toronto Press, 2003, pp. 276 y ss.

[340](#)Sobre su ineficacia en la lucha contra el tráfico de drogas, vid. entre otros M. PIETH, «Financing of Terrorism: Following the Money», en M. Pieth (Ed.), *Financing Terrorism*, cit., pp. 119-120.

ÍNDICE:

I. ESTUDIOS DE PARTE GENERAL

1. La investigación en Derecho penal

Investigar en derecho penal: las enseñanzas de un Maestro

Esther Hava García

Hacia una dogmática jurídico penal como sistema abierto

María José Rodríguez Mesa

Contexto, interdisciplinariedad y dogmática penal

Diana Patricia Arias Holguín

La implantación de los estudios oficiales de criminología en España

José Luis Díez-Ripollés

Derecho Penal y Psiquiatría. De cómo una psiquiatra se aventuró por el mundo penal y criminológico siguiendo al Prof. Terradillos

Julia Cano Valero

Diversidad cultural y Derecho penal

Guillermo Portilla Contreras

Reformas penales y gobernar a través del delito: el caso peruano

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Bienes jurídicos, valores y derechos: satisfacción de necesidades y lucha por el reconocimiento

Mercedes Alonso Álamo

Derecho penal y utopía garantista: una visión latinoamericana

Juan Oberto Sotomayor Acosta

Notas básicas sobre la autoría a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP español): Autoría y significado específico del hecho

Carlos Martínez-Buján Pérez

Sobre la interpretación en Derecho Penal

Iván Meini

2. Evolución histórica de la Ciencia del Derecho penal

Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura

Francisco Muñoz Conde

Metamorfosis del Derecho penal del Estado de Derecho

Eduardo Demetrio Crespo

La Ilustración hispana frente al encierro punitivo: la obra de Lardizábal en su discípulo Joseph Marcos Gutiérrez

Alejandro W. Slokar

1917: La Constitución del Estado social y democrático de derecho en México

Luis Arroyo Zapatero

3. Constitución y ley penal: la imposible convergencia

Exigencias normativas de legitimidad en la ley penal. Constitución y teoría de la legislación penal

Gloria González Agudelo

Los tipos de omisión impropia y el principio de legalidad estricta

Luis Fernando Niño

4. Política y Derecho penal en Europa

¿El Brexit es un reto para la política criminal de la Unión Europea?

María Acale Sánchez

El proceso de integración penal europea

José Luis de la Cuesta Arzamendi

Cultura política de la UE y racionalidades penales nacionales: Reflexiones sobre la penalidad migratoria

José Ángel Brandariz García

El paradigma de la privación de libertad de solicitantes de protección internacional en Europa: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. el Derecho de la Unión Europea

Esther Pomares Cintas

Abusos de mercado y Derecho penal: España e Italia frente al impulso europeo

Adán Nieto Martín

Luigi Foffani

5. Peligrosidad social y Estado de Derecho

A vueltas con el Derecho penal de la peligrosidad

Rafael Rebollo Vargas

Los disfraces de la peligrosidad (la pena del delito común contra la propiedad)

Raúl Zaffaroni

Los «anormales» y su discriminación penal

Nicolás García Rivas

6. Consecuencias jurídicas del delito

¿Penas o medidas?: del garantismo a la confusión

Mercedes García Arán

El castigo de la delincuencia económica y el riesgo de derecho penal de autor

Gonzalo Quintero Olivares

Nuevas tendencias penológicas: hacia la penología del control

Borja Mapelli Caffarena

La prisión permanente revisable: crónica de una derogación anunciada

María del Mar Martín Aragón

7. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

El órgano de cumplimiento en la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: indefiniciones y precisiones

Norberto J. de la Mata Barranco

La conveniencia de la responsabilidad penal de los partidos políticos

Joan Baucells Lladós

Sobre las inconcebibles naturaleza y función penales y sancionatorias de las erróneamente denominadas «penas», medidas de seguridad «penales» u otra especie de sanciones «penales» aplicables a personas jurídicas

Luis Gracia Martín

8. Justicia penal de transición, impunidad y memoria

Ley de Amnistía. Cuarenta años después

Araceli Manjón-Cabeza Olmeda

II. ESTUDIOS DE PARTE ESPECIAL

1. El Derecho penal de la Globalización

Violencia e impunidad: Examen al Estado

Arturo Ventura Püschel

Francisco Javier Álvarez García

La violencia como elemento del delito de rebelión

Miriam Cugat Mauri

Delimitación de las modalidades de conducta en el delito de atentado: el significado de agredir, acometer y oponer resistencia

María del Mar Carrasco Andrino

Francisco Javier Álvarez García

Actualizar la prohibición del genocidio y las masacres

Ramón Sáez Valcárcel

Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de Derechos Humanos en el marco del Derecho penal internacional

Ana Isabel Pérez Cepeda

Derecho penal y exclusión social. El «top manta» en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial

Margarita Martínez Escamilla

La protección penal del crédito después de la crisis económica

Hernán Hormazábal Malarée

La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis. Análisis jurisprudencial

Juan Muñoz Sánchez

Regulación del cannabis: aportes político-criminales para la construcción de alternativas al modelo prohibicionista de control de las drogas

Diego Silva Forné

2. Corrupción

Corrupción pública en Latinoamérica

Fabián Luis Riquert

Crimen organizado, corrupción y responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú

José Ugaz S. M.

El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la Administración pública y por soborno transnacional en el debate parlamentario argentino de 2017

Carlos Julio Lascano

Delito de «cohecho electoral»

Lorenzo Morillas Cueva

«Rendición de cuentas y transparencia» como instrumentos de lucha contra la corrupción de los partidos políticos

M^a José Rodríguez Puerta

3. Derecho penal económico y de la empresa

La protección penal del consumidor digital

Luis Ramón Ruiz Rodríguez

El fantasma del administrador de hecho y otras cuestiones fundamentales en los delitos societarios

José Manuel Ríos Corbacho

Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal colombiano

Fernando Velásquez Velásquez

Valoración de la vigente tutela penal de la propiedad intelectual tras la reforma del Código de 2015

Luis Rodríguez Moro

La vigencia de la categoría delito de cuello blanco cuando los delitos socioeconómicos se comenten en contextos normalizados

Laura Zúñiga Rodríguez

Estafa y fraude de subvenciones: una revisión de sus relaciones concursales

M^a del Carmen Gómez Rivero

¿Nueva alternativa a la pena en materia penal tributaria y previsional en Argentina?

Marcelo A. Riquert

Delito de defraudación tributaria y blanqueo de capitales. Reflexiones en supuestos de regularización tributaria con efectos penales

Fermín Morales Prats

El paralelismo procedimental en la persecución del delito de defraudación tributaria

Juan Carlos Ferré Olivé

4. Delitos patrimoniales

A vuelta con el principio de proporcionalidad, de «non bis in idem» y la multirreincidencia en el delito de hurto: Análisis de la STS 481/2017, de 28 de junio

Carmen Salinero Alonso

5. Derecho penal del trabajo

Contextualizando el «Derecho Penal del Trabajo»

Antonio Baylos Grau

El empresario, principal sujeto obligado a garantizar un medio de trabajo seguro y saludable

Joaquín Aparicio Tovar

¿Existió alguna vez un verdadero Derecho penal del trabajo?

Manuel Jesús Dolz Lago

Derecho penal del trabajo en Colombia

Alfonso Cadavid Quintero

Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa?

Eduardo Ramón Ribas

Pesca ilegal y contratación de trabajadores extranjeros: la Sentencia Varepi

Inma Valeije Álvarez

Proxenetismo lucrativo: ¿una modalidad diferente de explotación laboral?

Beatriz Cruz Márquez

A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?

Ignacio F. Benítez Ortúzar

El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo

Fernando Navarro Cardoso

¡Se acabaron las mayorías absolutas parlamentarias! Una crónica política hacia la descriminalización del ejercicio del derecho de huelga

Rosario de Vicente Martínez

La conducta típica del delito de coacciones a la huelga (art. 315.3 CP)

Bárbara San Millán Fernández

La técnica de tipificación y su relación con la aplicación de los delitos que protegen la vida y la salud de los trabajadores

Cristina Méndez Rodríguez

Disfunciones del sistema judicial en el ámbito penal de la siniestralidad laboral

María Revelles Carrasco

La siniestralidad laboral como delito: consecuencias aplicativas

Rosa M. Gallardo García

Siniestralidad laboral y responsabilidad penal por delitos contra la vida o la salud cometidos en comisión por omisión imprudente en el ámbito empresarial

Carmen López Peregrín

La incidencia de la «nueva» imprudencia menos grave en la siniestralidad laboral

M^a José Cuenca García

6. El delito de inmigración ilegal y la trata de personas

El CP español como paradigma del Derecho de la «crimigración»

Diego Boza Martínez

Reconocimiento del derecho de asilo en España a mujeres víctimas de violencia de género

María del Rosario Gómez López

Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres humanos

María Luisa Maqueda Abreu

7. Protección penal del medio ambiente: luces y sombras

La red para la protección ambiental en el Código penal tras la reforma de 2015: los resultados típicos

Paz M. de la Cuesta Aguado

El medio ambiente y la necesidad de coordinación policial como medio de investigación

Antonio Vercher Noguera

Incertidumbre científica y certeza jurídica. La plasmación del Principio --medioambiental-- de precaución en Derecho penal

Mariana N. Solari Merlo

Protección penal del medio ambiente en la Unión Europea. Luces y sombras

Maria Marquès i Banqué

Compliance ambiental: aspectos esenciales, a la luz de la reforma penal de LO 1/2015, de 30 de marzo

Elena M. Górriz Royo

8. Ideología y valores religiosos en el Código Penal

Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados

Patricia Laurenzo Copello

9. Terrorismo y Derecho

El terrorismo global yihadista: ¿Límites a un derecho penal exagerado?

Juan Carlos Campo Moreno
Reflexiones sobre el terrorismo: del terrorismo nacional al terrorismo global
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre
La dimensión política del terrorismo
Carmen Lamarca Pérez
Terrorismo: entre el derecho penal y la seguridad nacional

Antonio M. Díaz Fernández
Contraterrorismo
José L. González Cussac
Inteligencia y contrainteligencia en Chile. El monopolio de la violencia estatal frente al terrorismo y sus distorsiones
Myrna Villegas Díaz
Cristian Parada Bustamante
Reflexiones actuales sobre la lucha contra el terrorismo
Miguel Ángel Núñez Paz
Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal
María Luisa Cuerda Arnau
Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»

Juan Carlos Carbonell Mateu
Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos «Cesar Strawberry» y «Cassandra Vera»

Fernando Miró Llinares
De la prevención del blanqueo de capitales a la de la financiación del terrorismo
Patricia Faraldo Cabana

III. ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL

La reparación de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el Derecho Penal
Octavio García Pérez
Sobre los altos tribunales y la «mística» de la intermediación
Perfecto Andrés Ibáñez
Audiencias tempranas y justicia restaurativa en el campo penal juvenil en Costa Rica

Álvaro Burgos

Documento TOL6.932.377

Doctrina

Título: LIBER AMICORUM. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco

Autores: [Octavio García Pérez](#), [Perfecto Andrés Ibañez](#), [Álvaro Burgos](#)

Fecha: 11/2018

Número epígrafe: 18

Título epígrafe: Capítulo 18. Estudios de derecho procesal

TEXTO:

III. ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL

*La reparación de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el Derecho Penal*¹

Octavio García Pérez

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Málaga

I. INTRODUCCIÓN

El art. 5.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) establece que «toda persona detenida o privada de libertad... deberá ser conducida sin dilación ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento». Y el art. 6.1 dispone que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella».

Por su parte, la Constitución Española de 1978 en su art. 24.2 dice que «todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas».

Pese a su reconocimiento como derecho fundamental de aplicación a cualquier tipo de proceso, lo cierto es que en el ámbito de la justicia penal hasta fechas relativamente recientes el legislador no había previsto expresamente ningún mecanismo de reparación de la vulneración del mismo. En efecto, fue en la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en la que se introdujo como atenuante en el art. 21.6^a «la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa». Hasta ese momento se habían manejado por la jurisprudencia diversas fórmulas para reparar los casos en los que se produjera una dilación indebida (indulto, indemnización por funcionamiento anormal de la Administración o una atenuante analógica).

Pues bien, el objetivo de este trabajo es plantear si la fórmula elegida, la atenuante del art. 21.6^a CP, para efectuar la reparación de la violación del derecho fundamental consagrado en el art. 24.2 CE en la justicia penal es adecuada o si, por el contrario, no lo es para, en su caso analizar cuáles pueden ser las alternativas más idóneas. Para ello resulta muy útil describir la evolución que ha sufrido el tratamiento de la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, tomando como punto de partida la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) sobre el art. 6.1 del Convenio, pues, como veremos, ha tenido una enorme influencia en la configuración de las dilaciones indebidas en nuestro país.

II. EL DERECHO A QUE LA CAUSA SEA OÍDA EN UN PLAZO RAZONABLE Y LA

JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Como acabamos de ver, en el CEDH se alude al derecho de toda persona a ser juzgada en un plazo razonable en dos artículos. Sin embargo, esa referencia en ambos preceptos no es equivalente pues, como ha recordado el TEDH, «no debe confundirse lo dispuesto en el artículo 5.3 con lo que establece el artículo 6.1. Este se extiende a todos los justiciables y su objeto es protegerles contra la excesiva lentitud del procedimiento; en materia punitiva, especialmente, se propone evitar que la incertidumbre del inculpado sobre su situación se mantenga demasiado tiempo»²-. El retraso en la Administración de Justicia compromete su eficacia y credibilidad³-. «El artículo 5.3 se refiere solamente a los que están en prisión preventiva. Supone una especial diligencia en la tramitación del procedimiento que les afecta»⁴-. Por tanto, el derecho recogido en el art. 6.1 CEDH es de aplicación a cualquier tipo de proceso y no solo al penal, a diferencia de lo que sucede con el reconocido en el art. 5.3.

Además, el TEDH ha destacado que el derecho en cuestión es de aplicación a todas las fases de los procesos judiciales, lo que implica incluir las posteriores a la emisión del fallo o sentencia. En consecuencia, el derecho a que el proceso se celebre en un plazo razonable abarca todo lo relativo a la ejecución de la sentencia⁵-. En efecto, el TEDH indica que el art. 6.1 garantiza a todos el derecho a presentar una demanda relativa a sus derechos y obligaciones civiles ante un tribunal. De este modo incorpora un «derecho al tribunal del que constituye un aspecto el derecho de acceso, es decir, el derecho a entablar un procedimiento ante los tribunales en materia civil. Sin embargo, este derecho sería ilusorio si ordenamiento jurídico de un Estado parte permitiera que una resolución judicial definitiva y vinculante no se ejecutara en detrimento de una de las partes. Sería inconcebible que el art. 6.1 describiera detalladamente las garantías procesales que le corresponden a los litigantes..., pero no protegiera la ejecución de las resoluciones judiciales. De ahí que interpretar que el art. 6 se limita exclusivamente al derecho al acceso y la celebración del juicio sería incompatible con el principio del Estado de Derecho que todos los Estados parte se han obligado a respetar cuando han ratificado el Convenio. Por consiguiente, la ejecución de la sentencia. Por consiguiente, la ejecución de una sentencia dictada por un tribunal debe considerarse parte integrante del "juicio" a los efectos del artículo 6»⁶-.

Para determinar si la duración del proceso ha sido razonable o no, el TEDH señala que hay que atender a las circunstancias concretas de cada caso y esencialmente a cuatro aspectos: la complejidad del asunto, la conducta del interesado y la actuación de las autoridades públicas competentes y relevancia de los intereses en juego⁷-. Para apreciar si se ha excedido el plazo razonable sólo cabe tener en cuenta los retrasos imputables al Estado y no los que sean debidos a la conducta del demandante⁸-. En cambio, no se puede alegar como criterio «el atasco crónico en los asuntos atribuidos a un tribunal»...Por consiguiente, incumbe a los Estados parte organizar su sistema judicial de modo que sus órganos jurisdiccionales puedan garantizar a todos el derecho a obtener una resolución definitiva en un plazo razonable⁹-.

Por último, en cuanto a la reparación de la violación de un derecho, el TEDH señala que «si la naturaleza de la violación permite una *restitutio in integrum*, le incumbe al Estado demandado realizarla al no tener el propio TEDH ni la competencia ni la posibilidad práctica de llevarla a cabo. Si, en cambio, el derecho nacional no permite, o sólo lo permite de manera imperfecta, reparar las consecuencias de la violación, el artículo 41 habilita al TEDH a conceder a la parte perjudicada, en su caso, la satisfacción que le parezca apropiada»¹⁰-.

III. EL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS Y LA JURISPRUDENCIA DEL TC

Aunque inicialmente el TC consideró que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas era un aspecto de la tutela judicial, posteriormente ha mantenido, con razón, su autonomía, pues «la dilación denunciada no se sana por el simple hecho de que el órgano jurisdiccional dicte tardía o demoradamente una resolución razonablemente fundada. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no es un derecho a que se resuelva motivadamente, sino a que se resuelva en un tiempo razonable»¹¹-. Además, tampoco se identifica con el derecho a que se cumplan los plazos que para cada proceso se hayan previsto en la Ley¹²-.

Ya desde las primeras sentencias, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha considerado que el

proceso sin dilaciones indebidas constituye un «concepto indeterminado o abierto que ha de ser dotado de contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico» ¹³. Al igual que ha hecho el TEDH, el TC indica que, aun cuando a primera vista pudiera entenderse que este derecho fundamental sólo es de aplicación en el proceso penal, lo cierto es que es invocable en cualquier tipo de proceso y ante todo tipo de tribunales, lo cual no le impide reconocer que «en el Derecho procesal penal, al estar comprometido el derecho a la libertad el celo del juzgador ha de ser siempre mayor a la hora de erradicar las dilaciones indebidas» ¹⁴. En la Sentencia del TC 237/2001 se señala que la dilación indebida en el proceso penal puede tener la consideración de una «poena naturalis» ¹⁵. Asimismo considera que también es de aplicación a la fase de ejecución de la sentencia ¹⁶.

El TC entiende que tiene una «doble faceta prestacional y reaccional. La primera, cuya relevancia fue resaltada en la STC 35/1994, F. 2, consiste en el derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable y supone que los Jueces y Tribunales deben cumplir su función jurisdiccional de garantizar la libertad, la justicia y la seguridad con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, evitando dilaciones indebidas que quebranten la efectividad de la tutela. A su vez, la reaccional actúa en el marco estricto del proceso y se traduce en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas» ¹⁷. Para la concreción de este concepto, al amparo de lo dispuesto en el art. 10.2 CE, se remite a la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6.1 que acabamos de ver ¹⁸. Pues bien, a la vista de la misma señala que hay que tener en cuenta para ver si hay dilaciones indebidas «la complejidad del litigio, la conducta de los litigantes y de las autoridades y las consecuencias que del litigio presuntamente demorado se siguen para aquéllos» ¹⁹.

Siguiendo también las consideraciones efectuadas por el TEDH, el TC señala que las deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales o la sobrecarga de trabajo que afecta a algunos tribunales en modo alguno puede justificar el retraso en el procedimiento, recordando que el art. 6.1 del CEDH obliga a los Estados partes a organizar el sistema judicial, de tal manera que los tribunales puedan asegurar garantías como la del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ²⁰.

El TC ha indicado «que no cabe denunciar ante este Tribunal las dilaciones indebidas una vez que ha concluido el proceso penal en ambas instancias, pues la apreciación en esta sede de las pretendidas dilaciones no podría conducir a que este Tribunal adoptase medida alguna para hacerlas cesar», pues «no siendo posible la "restitutio in integrum" del derecho fundamental, dado que el proceso ha fenecido, el restablecimiento... en la integridad de su derecho con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación (art. 55.1.c LOTC) sólo podrá venir por la vía indemnizatoria» ²¹. En consecuencia: «Las demandas de amparo por dilaciones indebidas, formuladas una vez que el proceso ya ha finalizado, carecen de viabilidad y han venido siendo rechazadas por este Tribunal, por falta de objeto» (STC 146/2000, F. 3). Es lo que debe apreciarse en el presente caso ²².

En efecto, al plantearse el TC «si es viable, o no, la pretensión de conseguir de nosotros una indemnización de daños y perjuicios por los sufridos como consecuencia del retraso padecido en la ejecución de la sentencia ganada», considera que la respuesta ha de ser no, por mor de la separación de las jurisdicciones constitucional y ordinaria, que actúan simétricamente en dos planos del ordenamiento jurídico, el de la constitucionalidad y el de la legalidad. Pues bien, el derecho a recibir indemnización por las dilaciones indebidas, como una manifestación del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, arranca directamente de la Constitución (art. 121) pero se configura en la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 292 y siguientes) y, en definitiva, no es por sí mismo directamente invocable en la vía de amparo. Por ello entiende que «carece de jurisdicción para ello, dado que la indemnización que se pide tiende a conseguir el resarcimiento, la compensación o la reparación con carácter sustitutorio. Por tanto, no aparece comprendida entre los pronunciamientos que pueden y deben en su caso contener las Sentencias de amparo y su declaración se defiende a la jurisdicción ordinaria en un caso particular (art. 58 LOTC) cuya ratio o razón de ser es extensible a la entera institución» ²³. Se trata de un planteamiento que ha suscitado críticas. Así GIMENO SENDRA, en un voto particular, indicaba que «la utilización de esta vía administrativa como subsidiaria a la de amparo no me parece, desde el punto de vista constitucional enteramente

satisfactoria, por cuanto la Administración podría al amparo de esta vía (contencioso-administrativa incluida) dilatar más en el tiempo al pago de la pertinente indemnización o el recurrente podría "perder su paciencia" y acudir al TEDH y obtener la indemnización (art. 50 CEDH) que este TC no entra a determinar» ²⁴ —

IV. EL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS Y LA JURISPRUDENCIA DEL TS

Inicialmente el Tribunal Supremo (en adelante TS) no concedía relevancia en el proceso penal a la violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, remitiendo al recurrente a la reclamación de daños que se hubieran podido derivar del retraso del procedimiento por funcionamiento anormal de la Administración ²⁵ —.

Poco después, el TS, ante un caso en el que se produjeron dilaciones indebidas, rechaza la pretensión del recurrente de obtener la absolución por la violación de este derecho fundamental. Para ello dijo que «en la medida en que tal absolución no se fundamenta en la prescripción operada por la inactividad procesal, es indudable que ella sólo podría tener lugar por la vía de la anulación del proceso. Esta solución, de todos modos, no es factible, toda vez que la no infracción de esta garantía no es --en principio-- una condición de procedibilidad. En este sentido, se han pronunciado ya otros Tribunales Supremos de países europeos que han suscrito la CEDH (p. ej. BGH de la República Federal Alemana en las SS. de BGHSt 24, 239; 27, 274; 32, 345, entre otras)». Sin embargo, añadía que ello no significaba que careciera de trascendencia, debiéndose tener en cuenta en el ámbito de la determinación de la pena, admitiendo su atenuación. El fundamento de ésta lo contemplaba como una consecuencia del principio de culpabilidad, «según el cual las consecuencias del delito deben ser proporcionales a la gravedad de la culpabilidad y por lo tanto si el acusado ya ha sufrido un mal con la excesiva duración del proceso, éste debe serle computado en la pena (confr. en igual sentido las SS. del BGH alemán antes citadas). La base legal para proceder a esta compensación está dada por el art. 9,10.º CP, dado que las circunstancias atenuantes previstas en dicho art. 9 CP responden, básicamente, a la reducción de la culpabilidad, toda circunstancia derivada del proceso y que tenga sobre los derechos del acusado efectos de carácter aflictivo, importa una anticipada retribución que, paralelamente, se debe reflejar en la pena que se imponga» ²⁶ —.

Posteriormente en el pleno no jurisdiccional de 2 de octubre de 1992 el TS acordó lo siguiente: «Las dilaciones indebidas sirven de fundamento para solicitar la concesión de un indulto y la indemnización correspondiente por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia».

Esta solución obtuvo más votos que la de aplicar la atenuante analógica ²⁷ —. La razón por la que se llegó a esta solución la podemos encontrar en la sentencia del TS de 14 de octubre de 1992 en la que se abordan las diversas posibilidades de conceder relevancia a las dilaciones indebidas. Tras descartar la opción de dictar condena y no ejecutar la pena, y la de absolver al acusado, rechaza también la aplicación de una atenuante analógica: «y ello por una razón muy simple, porque en todas y cada una de las nueve circunstancias anteriores (que son las que, conforme al propio Texto Legal han de tenerse en cuenta para establecer la comparación que toda analogía entraña), lo que se tiene en cuenta son circunstancias de hecho relativas a la persona del reo y a su personal comportamiento (todas coetáneas al delito, salvo la del núm. 9.º, arrepentimiento espontáneo, que se refiere a actuaciones posteriores, pero inmediatas, "antes de conocer la apertura del procedimiento judicial") y, ello es así porque la medida de la culpabilidad del reo de una infracción penal en nuestra legislación siempre se hace en base a datos relativos al propio reo y a su conducta, y nunca teniendo en cuenta elementos extraños a tales datos, como pudiera ser el que el proceso hubiera tenido una duración excesiva, por más que haya de reconocerse que tal duración ocasiona un mal al reo, que, además, constituye una violación de rango constitucional» ²⁸ —. Tras señalar que sería deseable que en la legislación se introdujera una atenuación de la pena para los supuestos de dilaciones indebidas, consideraba que en tales casos era obligado condenar y ejecutar la pena, pudiendo a lo sumo solicitar un indulto total o parcial, y sin perjuicio de la posibilidad de que el interesado reclame al Estado por funcionamiento anormal de la Administración (arts. 106.2 de la CE, y 292 y ss. de la LOPJ) ²⁹ —.

Este planteamiento se reiteró posteriormente. Así se acordó en otro pleno no jurisdiccional de 29 de abril de 1997 en el que entendió que la vulneración de este derecho fundamental debía conllevar el correspondiente pronunciamiento sobre la proposición de un indulto y suspensión de la ejecución de la pena mientras se tramitaba el indulto al amparo de lo dispuesto en el art. 4.4 CP. Se ratificó en este

pleno la imposibilidad de acudir a la aplicación de una atenuante ³⁰. Este planteamiento se puede observar en sentencias del TS como la de 30 de abril de 1997, en la que, tras indicar que lo problemático en la dilaciones indebidas reside en determinar sus efectos, señala que soluciones como la de la absolució del acusado, la no ejecución de la sentencia condenatoria, la indemnización económica o la aplicación de una atenuante por analogía estaban desfasadas o habían sido rechazadas por el TS que defendía el recurso al indulto total o parcial ³¹.

No obstante, en otras sentencias, tras indicar que el indulto era la vía que venía usando el TS, se afirma que «es el Tribunal que va a enjuiciar el caso en cuya tramitación se ha producido un retraso injustificado el que se encuentra en mejor situación para valorar y reparar, si ello es factible, los perjuicios causados. Y a estos fines, son de destacar las facultades discrecionales que puede desarrollar el Tribunal en uso de las posibilidades generales y específicas de individualización de la pena que le permitan determinados artículos del Código Penal» ³².

Finalmente en el pleno no jurisdiccional de 21 de mayo de 1999 acordó que «la solución jurisdiccional a la lesión producida por la existencia de un proceso con dilaciones indebidas, es la de compensarla con la penalidad procedente al delito a través de la circunstancia de análoga significación del art. 21.6 del CP». Son tres las razones que se mencionan para reconsiderar la respuesta dada en 1992: «a) Desde un punto de vista institucional los Tribunales del Poder Judicial deben tener la capacidad de reparar la lesión de un derecho fundamental, pues precisamente cuando un Tribunal juzga que se han producido lesiones de derechos, debe hacer ejecutar lo juzgado y ello implica necesariamente que debe establecer cuál es la reparación de la lesión jurídica constatada. Desplazar esta facultad al Ejecutivo, por lo tanto, resulta difícilmente compatible con el art. 117 CE y podría vulnerar el principio de división de poderes en el que se asienta la Constitución. b) Asimismo, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se comprueba que el derecho de acceder a un Tribunal se vería prácticamente anulado, si ese Tribunal carece de la facultad de reparar la lesión jurídica. c) Después de la primera decisión del Pleno de la Sala se produjo la reforma de la Ley Penal en la que el legislador no ha dado una solución expresa a esta cuestión.» Y aunque el art. 4 no contiene una solución para los supuestos de lesiones de derechos fundamentales, lo cierto es que apunta algún remedio. De cara a la adopción del criterio de la atenuante analógica juega un papel esencial la STEDH en el caso Eckle y en la existencia de otras atenuantes que son posteriores a la ejecución de la acción delictiva que reclamarían compensar al menos en parte la pena adecuada a la culpabilidad del sujeto ³³.

Esta es la solución es la que se iba a mantener hasta la reforma de 2010 en la que, como hemos visto, se opta por asumir la tesis jurisprudencial, introduciendo una atenuante por dilaciones indebidas.

V. LA ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS

El legislador, en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, se limita a señalar que se ha estimado conveniente crear una atenuante de dilaciones indebidas, cuyos requisitos vienen a coincidir esencialmente con los que había venido exigiendo el TS para la apreciación de la atenuante por analogía. La atenuante exige, según la doctrina, la concurrencia de cuatro requisitos: a) una dilación extraordinaria; b) una dilación indebida en la tramitación del proceso; c) esta no debe ser imputable al acusado; d) no ha de guardar relación con la complejidad del asunto ³⁴. El TS considera que en realidad son tres, pues este último «se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante ³⁵.

La doctrina jurisprudencial sostiene que «el fundamento de la atenuación consiste en que la pérdida de derechos, es decir, el menoscabo del derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, equivale a una pena natural, que debe compensarse en la pena que vaya a ser judicialmente impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (la pérdida de bienes o derechos derivada del proceso penal) y el mal causado por la conducta delictiva (SSTC 177/2004 y 153/2005). Por lo tanto, esa pérdida de derechos debe determinar la reducción proporcional de la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto a la que corresponde por el grado de culpabilidad. Ahora bien, que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo conlleve una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad, pues ésta es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de su comisión y el paso del tiempo no

determina, por lo tanto, que disminuya o se extinga» ³⁶—. Por tanto, la razón de ser de esta atenuante, según la jurisprudencia, se sitúa en la disminución de la necesidad de pena debido a que en parte ya ha sufrido un castigo por los efectos negativos que para el acusado tiene la excesiva duración del procedimiento. Es importante resaltar, como hace Córdoba Roda, que el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas interesa tanto a los perjudicados por el delito como al acusado ³⁷—. Sin embargo, la respuesta legal ni contempla a los primeros ni siquiera a todos los acusados, pues la misma no es de aplicación a los acusados que luego son absueltos por ser inocentes ³⁸—.

VI. ¿Es la atenuante una forma satisfactoria de reparación del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas?

La doctrina se encuentra dividida sobre la solución asumida por el Código Penal. En efecto, hay autores que están de acuerdo con la introducción de la atenuante de dilaciones indebidas. En este sentido, por ejemplo, Marín de Espinosa Ceballos valora muy positivamente la introducción de esta atenuante porque «se consolida una solución adecuada y eficaz que permite al Tribunal que juzga que se ha producido la lesión de un derecho la capacidad para su reparación» ³⁹—. En cambio, el Grupo de Estudios de Política Criminal se ha mostrado partidario de derogar esta circunstancia, pues no guarda relación ni con la gravedad del hecho ni con la culpabilidad del autor, ni tampoco puede fundarse siempre en una disminución de las necesidades preventivas, ni puede configurarse como una especie de pena anticipada. Además, puede incluso favorecer nuevas dilaciones ⁴⁰—.

Comparto la opinión de quienes consideran que la introducción de la atenuante no es una buena solución. Sin embargo, algunas de las razones que se mencionan no me parecen convincentes. En efecto, en algunas críticas no se cuestiona tanto la necesidad de reducir la cuantía de la pena como la ubicación sistemática por entender que al ser una circunstancia posterior al delito, no puede incardinarse en un precepto, el art. 21 CP, que afecta a los elementos de este, lo injusto culpable ⁴¹—. A mi entender, si la consecuencia del delito, la pena, se orienta a la prevención, su presupuesto debe reflejar la necesidad de ésta y, por tanto, no habría objeción alguna a la introducción como atenuantes de circunstancias que disminuyen las exigencias preventivas.

A mi juicio, no me parece acertada la opción de la atenuante porque, en primer lugar, pese a tratarse de una dilación extraordinaria la reparación de la vulneración de este derecho fundamental merece un efecto muy limitado que incluso puede llegar a no suponer rebaja alguna de la pena. Es verdad que cabría apreciar la atenuante como muy cualificada, pero en cualquier caso la respuesta a la violación de este derecho se deja en manos del poder que la ha causado y que puede concederle una repercusión muy escasa o incluso nula ⁴²—. En este sentido, sus consecuencias no se equiparan a las violaciones de otros derechos que dan lugar a la nulidad del acto procesal que las causa. Ello puede tener, además, un efecto perverso, pues la atribución, en principio, de un efecto tan limitado sobre el proceso penal no permite ejercer un efecto disuasorio sobre quienes están obligados a adoptar las medidas necesarias para evitar los retrasos injustificados ⁴³—. Y todo ello sin olvidar, además, que el alcance de sus consecuencias se deja en manos del poder que la ha causado. Por esta razón se deberían descartar todas las respuestas a las dilaciones indebidas que impliquen una decisión discrecional por parte del órgano encargado de afrontarlas. De ahí que tampoco me parezca idóneo reconducir sus efectos al indulto ⁴⁴— ni la remisión potestativa total o parcial de la pena que es una de las respuestas que plantea el Grupo de Estudios de Política Criminal.

El tratamiento de las dilaciones indebidas no debe quedar a la discrecionalidad de los poderes que son responsables de su producción. De ahí que las consecuencias previstas para las mismas deben ser fijadas por el legislador y, además, deben ser obligatorias, nunca potestativas. Asimismo las consecuencias deben tener un efecto disuasorio para quienes son los causantes de las mismas, lo que, a mi entender, no se da con la atenuante, tal como ha indicado la doctrina ⁴⁵—. Dentro de este contexto tanto sirve la nulidad del proceso como una eximente de pena o como mínimo una eximente incompleta. Asimismo, como ha indicado la Recomendación CM/REc (2010)3, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, de 24 de febrero de 2010, estas medidas reparatorias deben ir acompañadas de otras de tipo preventivo para evitar las dilaciones indebidas que pasan, entre otras cosas, por dotar a la Administración de Justicia de los recursos necesarios ⁴⁶—.

Finalmente para quienes no se puedan ver beneficiados por estas medidas como sucede con la víctima, se han de prever medidas indemnizatorias generosas que también puedan actuar como medidas disuasorias.

Sobre los altos tribunales y la «mística» de la inmediación

Perfecto Andrés Ibáñez

Magistrado del Tribunal Supremo

Tratándose del imputado estándar, cabe afirmar que no corren los mejores tiempos para la *lírca* del juicio oral. En efecto, pues cualquier observador de la realidad procesal penal de nuestros países, podrá constatar fácilmente la existencia de una lógica política transnacional dirigida --cual si la famosa Escuela de Chicago tuviese adscrita una facultad de derecho-- a *deflacionar* el proceso. Y esto, en simultaneidad con un uso pródigo del derecho penal para *cualquier cosa*; aplicado mediante expedientes dirigidos a llegar a sentencia (condenatoria) a partir de las aportaciones de la instrucción, incluso del atestado, por la vía de procedimientos *sumarísimos* fundados en la contratación (adhesiva) sobre la pena.

En esta época de drásticos recortes de derechos de todo tipo, el del acusado a un juicio contradictorio, universalmente consagrado por constituciones e instrumentos internacionales, está experimentando un sensible retroceso. Sin duda, porque la inversión en garantías procesales, dado el régimen de prioridades que hoy rige las asignaciones presupuestarias, forma parte de los *gastos improductivos*.

A la difusión de este planteamiento ha contribuido decisivamente la fascinación que el bárbaro (anti)modelo USA de proceso ejerce en los responsables ministeriales de la Justicia, por su agilidad y funcionalidad a los fines de control social. Por eso puede emplearse en sentido afirmativo el enunciado que hace ya bastantes años Schünemann escribía entre signos de interrogación, pues, en efecto, está bien confirmada la «marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo» ⁴⁷ —.

Con la consiguiente arrasadora difusión --Cordero *dixit*-- del «odioso "principio de oportunidad"» ⁴⁸ —. El problema, señalaba este autor, no radicaría solo en la evidente radical reducción del régimen de garantías para un sinnúmero de encausados, sino también en la degradación cultural que tal modo de operar acababa produciendo en los hábitos de los distintos profesionales de la jurisdicción.

En países como España, esta vertiente del asunto, aparte la influencia *natural* de una tendencia proyectada desde los centros de decisión de un país y una política de patente liderazgo planetario, cuenta con el viento favorable representado por el arraigo de una subcultura propia del sistema acusatorio-formal o mixto, de napoleónica progenie, nunca del todo desterrada y que, por la banalización práctica del juicio oral que conlleva ⁴⁹ —, constituye el humus más idóneo para facilitar el arraigo de tal poderosa corriente de deterioro del proceso. Justo, sin nada de paradójico, cuando --la última retro-reforma *sufrida* por nuestro Código Penal sería el mejor exponente-- la expansión y progresivo endurecimiento de la respuesta de tal clase, haría más necesario que nunca un régimen bien constitucionalmente inspirado de garantías procesales para todos. La vigencia efectiva de esas «precauciones tutelares» que ya Benjamin Constant consideraba imprescindibles ⁵⁰ —.

Pues bien, precisamente ahora y en tal contexto, irradiado desde las alturas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha hecho fuerte en los Tribunales Constitucional (TC) y Supremo (TSS2^a) de nuestro país, un tratamiento --se dice-- fortalecedor de las garantías del imputado en la segunda instancia y en el recurso de casación penales ⁵¹ —. Pero un tratamiento que, críticamente considerado, mas, sobre todo, si integrado con fundamentales aportaciones procedentes de la moderna psicología aplicada al proceso, tiene mucho de falaz en el planteamiento y en los resultados. A reflexionar sobre esto, y con referencia exclusiva a la eventual reversión en sentido condenatorio de las sentencias absolutorias en primera instancia, se dedicará lo que sigue. Con esta finalidad tomaré como referencia las sentencias del TC 167/2002 (inaugural de la línea de jurisprudencia a la que me refiero), la 88/2013 (en la que figura un buen resumen de la misma y su evolución) y la 172/2016 (por reciente).

Antes de la primera, era criterio consagrado que la apelación abría un *novum iudicium*, de modo que competía al decisor, situado ante la *regiudicanda* en posición similar a la del juez *a quo*, un nuevo enjuiciamiento sin restricciones. Y lo mismo al encargado de la casación. Así, uno y otro, a partir de la prueba realizada en el juicio de partida, podían convertir en condenatoria la sentencia absolutoria impugnada. Ciertamente que, sobre todo en el caso de la casación, siendo personales las pruebas, era regla de culto la de la intangibilidad del criterio formado por el órgano de instancia *en virtud* de la inmediación. Pero también lo es que las cuestiones de valoración probatoria abren un amplio espacio,

muy discrecionalmente administrable, en materia de criterios de decisión ⁵². Más tratándose de órganos judiciales de vértice.

En la primera de las sentencias citadas, el TC, innovando su jurisprudencia de amparo, al resolver en el caso de una condena en apelación del absuelto en la instancia, disponía que cuando la sentencia apelada «se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el tribunal *ad quem* revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción».

Más aún, hoy, el derecho del acusado a un proceso con todas las garantías incluiría, como parte de su derecho de defensa, el de estar presente y ser oído en el juicio de segunda instancia, cuando se debata sobre datos de hecho de cuya fijación dependa el sentido de la decisión. O sea, la exigencia de respeto de las reglas de un proceso justo y equitativo (*ex art. 6.º del Convenio Europeo de 1950*).

Así resulta que la rectificación de la precedente absolución en condena solo sería posible sin quebrantar esas reglas cuando: a) estuviera exclusivamente sustentada en la (distinta) apreciación de pruebas no personales; b) fuese resultado de un curso inferencial diferente del seguido por el tribunal *a quo*, manteniendo inalteradas las premisas fácticas sentadas por este como resultado de la actividad probatoria presenciada por él; o c) trajera su fundamento de una distinta consideración de cuestiones exclusivamente de derecho.

En definitiva, los tribunales aludidos han extendido al juicio de segunda instancia, la exigencia de que, tratándose de pruebas de carácter personal, la vista del recurso sea plenamente contradictoria y se celebre ante el órgano competente, en régimen de inmediación actual. Tanto es así, que tal modo de operar no se considera sustituible por el examen de la grabación videográfica del juicio primeramente celebrado, porque este no haría posible una interlocución presencial.

La línea jurisprudencial de que se trata es innovadora, en el sentido de que rompe con la precedente de los mismos tribunales, pero, considerada en una perspectiva de principios, tiene una vieja raíz. Esta debe situarse en el pensamiento de los *philosophes* y juristas ilustrados, que, ante los horrores del proceso inquisitivo, escrito y secreto vigente en el continente europeo, vieron una suerte de alternativa ideal en el juicio por jurados de la Inglaterra de la época ⁵³, fundado en la oralidad y el diálogo directo, como exponentes de una racionalidad y una humanidad ciertamente ausentes de las prácticas procesales propias de la Europa continental.

La experimentación de las ventajas de esa interacción dialógica de las partes ante el juez llamado a decidir, llevaría a la consagración del par oralidad-inmediación como una garantía esencial capaz de dotar de una inédita calidad al enjuiciamiento. Lamentablemente, la importación del modelo inglés se vio frustrada en un aspecto fundamental. Y es que, más allá de las formas legales, estaba sustentado en una concepción argumentativa de la prueba que, como ha escrito Nobili, sirvió para mantener a «la *law of evidence* alejada tanto de los excesos de un racionalismo mecanicista como de los de un

irracionalismo intuitivo» ⁵⁴. Pero esta base cultural no se importó, y el régimen de la prueba legal fue sustituido por el de la libre convicción entendida en la segunda de las claves a las que acaba de aludirse, como *intime conviction*. Con traducción en un poder prácticamente ilimitado del juez (aquí profesional) en la valoración de la prueba, en virtud de la que Carrara ha descrito bien como «convicción autocrática», por oposición a la «convicción razonada» ⁵⁵.

Aquella, descrita por Luzón Cuesta como «libérrima y soberana facultad de apreciación de la prueba en conciencia» ⁵⁶, es la que ha prevalecido largamente en nuestros tribunales. Como consistente --al decir de dos autores paradigmáticos del procesalismo práctico de nuestro país-- «en un estado de conciencia [...] en un juicio crítico interno, que se proyecta al exterior [únicamente en] afirmaciones», pues «no hay por qué razonar y sería procesalmente incorrecto hacerlo sobre qué elementos de juicio han contribuido a formar la convicción del sentenciador» ⁵⁷.

Este modo de operar con/sobre la prueba en la formación de la convicción judicial tenía su ápice en el caso de la prueba directa (por antonomasia la del testigo presencial), «en cuya valoración», en la jurisprudencia del TSS2ª se sigue diciendo: hay «un primer nivel dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado a la inmediación y por tanto ajeno al control en vía de recurso»

⁵⁸.

Esta inteligencia de la prueba «directa» con su correlato de percepción «sensorial» --quizá en uso del famoso «sexto sentido» o de un sutilísimo *motus animae*-- se explica por el tipo de apreciación sin mediaciones que haría posible, debido a que, dicho expresivamente por Pagano: «en la viva voz

hablan también el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de la voz, el modo de decir, y tantas otras pequeñas circunstancias que modifican y desarrollan el sentido de las palabras y suministran tantos indicios a favor o en contra de lo afirmado con ellas»⁵⁹.

En similar sentido, a pesar de la distancia cronológica --y de lo mucho que *culturalmente ha llovido* desde los tiempos de Pagano-- el TC continúa entendiendo que la virtud de la intermediación radica en que «permite [al juzgador] apreciar no solo lo esencial de una secuencia verbal trasladado a un escrito por un tercero sino la totalidad de las palabras pronunciadas y el contexto y el modo en que lo fueron: permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales; permite acceder a los aspectos comunicativos no verbales⁶⁰ del declarante y de terceros» (STC 16/2009).

Cierto, el TC tiene razón, la intermediación, en tanto que facilita una relación directa, esto es, no mediada, con las fuentes personales de prueba, posibilita al juzgador la contemplación de todos esos aspectos de los actos comunicativos. Pero lo que, lamentablemente, no dice el TC es *cómo* esos evanescentes *elementos de juicio* pueden resultar objeto de una valoración judicial competente⁶¹. Ni tampoco de qué modo esta podría verbalizarse, hacerse intersubjetivamente comunicable y pasar a integrarse en una motivación de la decisión racionalmente fundada. Lo que permite entender que el TC participa del criterio expresado en sentencias como la STS2ª 949/2005: «No es precisa una detallada argumentación cuando la prueba es directa, en cuyo caso la exigencia de motivación queda cumplimentada con la indicación de las pruebas directas de que se trate, pues en tal caso el razonamiento va implícito en la descripción de aquellas». Con otras palabras: las pruebas personales *iluminan* al juzgador por la autoevidencia de lo que transmiten⁶².

Franco Cordero es escéptico al respecto y no comparte esa imagen de «la libre convicción como una voraz potencia superlógica, que obtiene el propio alimento de todo lo que, incluso por un solo instante, comparece en la escena del proceso. Primero --dice-- son las pruebas, y puede explicarse con toda la precisión deseable en cuáles y cuántos objetos regulados por el derecho consistan; pero después, como en el culto de los misterios, sobreviene un instante pánico en el que la razón queda en suspenso y el fiel comunica con el absoluto, y de aquí brota la decisión en la que las pruebas se disuelven metafóricamente»⁶³.

De esa «suspensión de la razón» hablaría, en realidad, implícitamente el TSS2ª, al referirse a esas pruebas para cuya apreciación el juez, solo «en ocasiones», tendría que emplearse con una cierta racionalidad. Que no es el caso del tratamiento de las aportaciones de los testigos directamente examinados.

Es el viejo tópico de la (supuesta) facilidad de la prueba testifical que, contra toda evidencia, ha llegado hasta nosotros y se mantiene vivo en los tribunales. Esto a pesar de que hay autores como Murena, que ya en el siglo XVIII advertían de que «la inquisición de la verdad por medio de testigos es lo más difícil para un juez, y lo que exige más prudencia de su parte»⁶⁴. A pesar también de que en momentos mucho más recientes y ya con base empírica suficientemente contrastada, haya podido escribirse que «los experimentos han demostrado que la idea corriente de la seguridad del testimonio normal envuelve un error crasísimo»⁶⁵.

Porque --como advierte De Cataldo Neuburguer-- «el testimonio es siempre el fruto de un intenso trabajo de interpretación y reconstrucción»; de modo que «el recuerdo del hecho puro y simple no existe; un evento, por el solo hecho de haber sido percibido, resulta automáticamente alterado por el "valor añadido" que le impone el perceptor». Es por lo que «el tema específico del examen testifical no puede ser afrontado de un modo operativamente correcto y útil sin tener presentes los mecanismos que intervienen en la formación del recuerdo y los factores de distorsión que pueden alterarlo»; por eso --concluye la autora-- «Stern podía afirmar que "el recuerdo defectuoso no es la excepción sino la regla"»⁶⁶. Así pues, de *facilidad* nada.

Las precedentes consideraciones no buscan poner en cuestión lo que realmente es una evidencia, a saber, que las personas, teniendo al lenguaje como principal vehículo de comunicación en sus relaciones, cuentan con una capacidad y unas aptitudes para manifestarse que no se agotan en la expresión oral. En realidad se expresan mediante la voz, diciendo lo que quieren decir, pero también, siempre, algo más, por la existencia del aludido «canal paralingüístico de la comunicación» que, como escribe Diges, «está bajo un control menos consciente que el verbal» y por eso podría suministrar una información más fiable⁶⁷. Y, en fin, *hablan* también con la gestualidad, del rostro (más accesible al propio dominio) y del resto del cuerpo. La cuestión no es, pues esta, tratándose, por el contrario, de algo más bien obvio. El problema es si el juez y los componentes de un tribunal

gozan de la más mínima capacidad de descodificar esa clase de *mensajes* con alguna garantía; de dotarlos de un sentido plausible; y de atribuir un fundamento intersubjetivamente comunicable, y hábil, por tanto, a las conclusiones a que cupiera llegar por esa vía.

La respuesta tópica de la jurisprudencia a la primera de ambas cuestiones es que sí. En cuanto a la segunda, creo es claro el no implícito, vista la citada afirmación de que la justificación de las decisiones fundadas en prueba de la llamada directa, estaría ya y solo en la mera indicación de ser tal la naturaleza de la fuente (¿porque cómo dotarles de otra?). Y el TC, ya se ha dicho, considera que el juzgador puede *apreciar* los aspectos comunicativos no verbales de las declaraciones y, se supone, sacar consecuencias válidas para *fundar* también en ellos sus propias decisiones. Contribuyendo así, con franca irresponsabilidad, a la permanencia de un criterio que --por más que abonado por una cierta subcultura jurisprudencial que, precisamente él tendría que contribuir a remover-- choca abiertamente con la mejor cultura científica en la materia.

Dicho esto, conviene decir que esas formas de expresión que circundan a la de naturaleza oral, en cuya interpretación y valoración los jueces, por elemental prudencia y conciencia de sus limitaciones al respecto, no debieran entrar; podrán ser hábiles e incluso extraordinariamente útiles a acusaciones y defensas, para orientar el sentido de su examen de imputados y testigos. Porque, no cabe duda, a sus efectos, una vacilación, un tartamudeo, y, en definitiva, cualquier tipo de reacción ante una determinada pregunta, pudiera muy bien dar pistas acerca de lo que se busca con el interrogatorio, en el curso de cuyo desarrollo tendrán siempre incluso la posibilidad de rectificar. Pero otro y bien distinto, no importa insistir, es el caso del juez, por el altísimo riesgo de error en la valoración de elementos tan inaprensibles como ambiguos, para la que carece del menor adiestramiento técnico.

En el contexto de la jurisprudencia de los altos tribunales que se comenta, tiene carta de naturaleza otra falacia: la que radica en la creencia de que las pruebas personales son susceptibles de reiteración con un mínimo de genuinidad ante otra instancia ⁶⁸—. Cuando sucede que los llamados a deponer de nuevo estarán más que *prevenidos*, al ser ya conocedores, no solo de lo manifestado por los demás declarantes en la anterior, sino incluso del valor que sus afirmaciones hubieran merecido al tribunal. Y cuando resulta que ya el legislador decimonónico (art. 704 Lecrim) sabía bien de la necesidad de separar a los testigos por declarar de los que lo hubieran hecho para evitar posibles comunicaciones contaminantes entre ellos.

El mismo TC (sentencia 120/2009) proclama también «la insuficiencia del acta del juicio como medio de documentación de las pruebas de carácter personal», obviamente, por el hecho de que es un medio que no reflejaría los aludidos «aspectos comunicativos no verbales». Es decir, esos que, se ha visto, generan, en el perceptor dispuesto a extraer de ellos elementos de juicio válidamente integrables en la *ratio decidendi*, incontables y peligrosísimos factores de riesgo de error.

También en esto la moderna psicología del testimonio, siempre con sólida base experimental, tiene algo que decir. Lo sintetiza muy bien, de nuevo, De Cataldo Neuburger, al denunciar las insuficiencias de ese «saber de sentido común» que puede «proporcionar indicaciones erradas». Y facilita un ejemplo al respecto: el de los «muchos jueces y abogados o jurados [...] llevados a considerar que un observador puede descubrir más fácilmente la mentira en una conversación si tiene la posibilidad de ver los rostros y los cuerpos de los que hablan». Mientras ocurre que «la investigación psicológica ha demostrado que esta convicción es falsa. El descubrimiento de la mentira es más fácil si el observador tiene solo acceso a la clave verbal de la comunicación y no también a la clave visual» ⁶⁹—. Por la razón de que esta, en vez de aportar claridad de juicio, con la mayor frecuencia, engaña.

De donde resulta que un acta literal de estenotipista --que recoja, de imputados y testigos examinados contradictoriamente, la única información susceptible de una valoración judicial razonable-- constituye un instrumento mucho más fiable para ser utilizado en la formación de la convicción ⁷⁰—, que la grabación videográfica que integre también esa importante fuente de riesgos de error que es el lenguaje no verbal y, en general, la gestualidad. Aquella, es además, un medio técnico que impone algo, con frecuencia, prácticamente irrealizable, que es seguir en la pantalla, *en tiempo real*, juicios orales de semanas, a veces meses, de duración; lo que acaba en la elaboración por el ponente, sobre la marcha, de un *acta* de «andar por casa» para operar con ella. Así, sucede que una constancia rigurosa del contenido de las declaraciones, permite su cotejo explícito y justificable con las demás informaciones probatorias, sin que la valoración de aquellas pueda resultar distorsionada por las eventuales veleidades de psicólogo ⁷¹— de un juzgador imprudente ⁷²—. Por eso, todo sumado, es claro que el fiel registro, mediante estenotipia o por un medio similar, de lo acontecido en una vista oral,

ofrecerá a los jueces de apelación y casación, una fuente de conocimiento de incomparable mayor fiabilidad para fundar la decisión, que la proporcionada por la supuesta *reproducción* de las declaraciones de la instancia, en la que los altos tribunales, de manera poco reflexiva, cifran una garantía de autenticidad que realmente no existe.

Audiencias tempranas y justicia restaurativa en el campo penal juvenil en Costa Rica

Álvaro Burgos

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Costa Rica

Juez de Apelación de Sentencia Penal Juvenil

I. JUSTIFICACIÓN⁷³

Sin duda alguna, más de dos décadas de vigencia de la Ley de Justicia Penal Juvenil en Costa Rica no pueden pasar inadvertidas...

Muchas experiencias, vivencias y aprendizaje valioso se ha producido en Costa Rica en el campo Penal Juvenil en 20 años de aplicación de esta normativa, que ha pretendido ser cada día un poco más adaptada a los estándares mínimos de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la más suscrita de todas las convenciones de Naciones Unidas, que fue adoptada en 1989 y ratificada por nuestro país el año siguiente: 1990, promoviéndose desde ese entonces la aplicación de una Justicia más Especializada, que respete el Debido Proceso, y todos los derechos que les son otorgados a los imputados mayores de edad, y desde luego igualmente los que en razón de su minoridad les deben ser garantizados.

Pese a lo anteriormente señalado, no todo ha sido positivo en nuestra evolución estructural de la Justicia Penal Juvenil, y nos limitamos a señalar 4 ejemplos representativos:

1. La desaparición en el año 2011 del ahora lamentablemente extinto Tribunal Superior Penal Juvenil representó un fuerte golpe al «movimiento anti Adultocentrista», y a la producción de Jurisprudencia Especializada que era valiosamente apreciada y utilizada tanto dentro de nuestro país como en Iberoamérica constantemente.

2. Los pronunciamientos incluso provenientes de la Sala Constitucional acerca de la posibilidad de la utilización de la denominada «Prórroga Extraordinaria» de la Detención Provisional, más allá de los límites claramente definidos por el Legislador como máximos para la aplicación de dicho instituto.

3. La reforma a los plazos de Detención Provisional que pasaron de 2 a tres meses, y de su prórroga en iguales proporciones, haciendo que ahora los artículos 59 y 59 de la LJPJ permitieran ya no un máximo de 4 meses, sino 6 de este tipo de medida cautelar privativa de libertad para imputados menores de edad en conflicto con la ley penal, y que aún en casos de reenvío por parte de la Sala Tercera o del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, podrían ampliar el plazo anteriormente citado hasta 3 meses más, es decir, hasta 9 meses incluyendo las prórrogas respectivas, mientras que el plazo máximo de la medida cautelar No privativa de libertad se mantuvo incólume por los congresistas, en un máximo de 6 semanas, y por cierto no prorrogables, conforme a lo dispuesto en el artículo 87 in fine de la LJPJ.

4. Las interpretaciones apócrifas a nuestro criterio en relación con la posibilidad de aplicación de las Medidas de Seguridad en el campo Penal Juvenil, cuando está claro que el espíritu de la Ley Penal Juvenil en Costa Rica, desde antes de su creación, fue el dejar por fuera de la jurisdicción penal, los asuntos ventilados en adultos que dan como resultado la aplicación de tales Medidas de Seguridad, y dejar dichas acciones en manos del Sistema de Salud Mental, y si alguna duda existiera al respecto incluso las actas de la Asamblea Legislativa, y el mismo «Padre de la Creación de tanto la Ley de Justicia Penal Juvenil, como de la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles» estaría en cualquier momento más que presto a aclarar a quien se lo preguntara acerca del tema de primera mano, como ya lo ha hecho en muchos foros en que se ha debatido sobre dicho punto en nuestro país y en otras latitudes.

Mientras en la mentalidad Gardeliana de algunos «20 años no es nada...», lo cierto es que para la Justicia Penal Juvenil en Costa Rica, el año de 1996 representaba la conquista del surgimiento a la vida de nuestro derecho positivo de la primer legislación que enarbolaba los preceptos más inspiradores del punitivismo garantista de la Doctrina de la Protección Integral...

Así es como quedaban atrás más de 30 años en que la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores, desde los albores de los años 60, dibujaba en todo su esplendor los elementos básicos de la Doctrina de la Situación Irregular: un modelo tutelar y paternalista, una visión completamente adultocentrista del mundo, que propiciaba abusos constantes en la aplicación de medidas cautelares y sanciones, la más de las veces impuestas al tenor del riesgo social, sin que desde el punto de vista penal, se justificara realmente de conformidad con el Principio de Proporcionalidad

(Proporcionalidad en sentido estricto, Idoneidad y Necesidad), su aplicación excepcional, especialmente cuando esta consistía en una restricción de derechos fundamentales de la persona menor de edad en conflicto con la ley penal, y particularmente si involucraba su privación de libertad...

Según el Primer Estado de la Justicia (2015), la tutela judicial efectiva de derechos es el libre acceso de todas las personas al sistema de administración de justicia, para obtener una resolución de fondo ajustada al marco legal vigente, que garantice el cumplimiento de los derechos ciudadanos o la defensa de un interés legítimo (p. 152).

El «populismo punitivo», por medio del cual se exigen penas severas a quienes cometen un delito, por encima de los procesos penales existentes y sin tomar en consideración que quienes se involucran en estas circunstancias tienen las mismas garantías fundamentales, señala Llobet (2016) que se dirige a la población reclamando un endurecimiento del sistema penal, que se argumenta en velar por los derechos de las víctimas, pero no así de las personas a las que se responsabiliza de un delito (p. 3). El populismo punitivo considera que la criminalidad va en aumento y que esto es culpa de la lenidad de las leyes, por lo que es bien aceptado dentro de la sociedad (p. 4). El autor también señala que ese término se caracteriza por promover la idea de que las garantías fundamentales de las personas privadas de libertad sean disminuidas, porque de resguardarse los derechos humanos, se estaría protegiendo de forma excesiva a las personas delincuentes (p. 5).

Se observa cómo el populismo punitivo aparece cuando se trata de delitos en los que hay personas menores de edad involucradas, ya que la ciudadanía suele calificarlas con los mismos estándares de las personas adultas y exige penas fuertes, incluso, a manera de «escarmiento» por sus acciones, y sin tomar en consideración que hay un procesos penales específicos para esta población.

En contraposición, se ha incorporado especialmente en relación a la población sujeta del derecho penal juvenil, la justicia restaurativa, y una de sus manifestaciones más claras en la justicia penal juvenil en Costa Rica: las denominadas audiencias tempranas.

II. AUDIENCIAS TEMPRANAS

Desde la promulgación de la Ley de Justicia Penal Juvenil, el proceso penal en este campo ha tenido algunos cambios en la forma de aplicación. Si bien es cierto el texto de la ley como tal se mantiene con pocas reformas, la aplicabilidad del proceso se apoya en la actualidad de directrices institucionales, que a la postre han demostrado lo efectivo de su atención. Cabe destacar que el proceso penal para personas adultas tiene claramente estructuradas cuatro etapas, a saber: la investigativa, la intermedia, la etapa de juicio y la etapa de ejecución. Para ello, existen órganos establecidos con funciones propias. Consecuentemente, para la aplicación de las diferentes etapas, intervienen el Ministerio Público, los Juzgados Penales y los Tribunales de Justicia.

Ahora bien, la Ley 7576 es una ley especial de la que en su artículo 1 se desprende que: «...serán sujetos de esta ley todas las personas que tengan una edad comprendida entre los doce años y menos de dieciocho años al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o contravención en el Código Penal o leyes especiales...».

Asimismo, el artículo 9 de la Ley de Justicia Penal Juvenil (LJPJ), señala que: «en todo lo que no se encuentre regulado de manera expresa en la presente ley, deberán aplicarse supletoriamente la legislación penal y el Código Procesal Penal».

Esto es de suma importancia, dado que en la estructura de la aplicación del proceso penal juvenil no fueron creados los Tribunales de Justicia, debiendo la persona juzgadora conocer de forma concentrada lo que en un proceso de adultos conoce la persona juzgadora de la etapa intermedia y la de la etapa de juicio.

Ante este panorama y en aplicación supletoria del Código Procesal el Consejo Superior del Poder Judicial (2012), en sesión N° 55-12, celebrada el 5 de junio de 2012, crea mediante la circular 146-2012, el Manual de Procedimientos y Fluxogramas relacionados con la aplicación de las audiencias tempranas en Penal Juvenil y en atención a ello los Juzgados Penales Juveniles realizan dichas audiencias orales, las cuales se señalan previo a la admisión de la acusación.

El fin de las audiencias tempranas es brindar un abordaje inicial a la persona acusada y a la ofendida. Es el momento en el que el imputado o la imputada tiene el primer contacto con el órgano jurisdiccional, la fiscalía y la parte ofendida. Dicho abordaje conlleva hacerle ver sus derechos y obligaciones del proceso que inicia, así como las advertencias acerca de la seriedad del mismo.

Otro de sus objetivos es dar al proceso penal juvenil la celeridad y flexibilidad que este conlleva y así cumplir con el mandato constitucional de justicia pronta y cumplida. Estas audiencias son orales y en ellas se materializan los principios de justicia restaurativa y mínima intervención estatal. En la

audiencia temprana, se brinda el espacio para que el Ministerio Público, la Defensa y la persona juzgadora examinen la pieza acusatoria para admitirla o rechazarla. Si la acusación contiene elementos de forma que corregir, se le solicita a la representación del Ministerio Público que proceda a su corrección de inmediato, lo cual puede realizar en forma oral, sin afectar que la acusación se haya presentado por escrito. Si la acusación contiene defectos de fondo y es procedente, se dicta el sobreseimiento definitivo de forma oral.

En caso que la acusación no contenga defectos se dicta en el acto la procedencia de ésta y se consulta a las partes la aplicación de una salida medida alterna, sea conciliación, suspensión del proceso a prueba o un procedimiento abreviado. En caso de que sea planteada la persona juzgadora la valora y dicta la resolución correspondiente.

Ahora bien, si no existe propuesta de salida alterna o si ésta no cumple con los requisitos de procedibilidad o legalidad, en los casos que no se deba recabar prueba, se dicta la citación a juicio del artículo 95 de la LJPJ, las partes pueden renunciar al término de cinco días y en ese momento ofrecen la prueba con que cuenten. La persona acusada es citada para juicio así como la parte ofendida, (la citación es mediante documento escrito) y el expediente queda listo para ir a debate.

Como beneficios de la audiencia temprana, se pueden señalar los siguientes:

- Se materializan los principios rectores de la LJPJ.
- Contribuye a la política institucional de reducir el gasto del papel.
- Reducción del circulante para señalar a juicio.
- Reducción de trámites.
- Reducción de plazos para brindar abordajes a las personas menores de edad.
- Los asuntos que van a juicio suelen ser aquellos en los que se imposibilite una salida alterna.
- La proyección social a través de la solución brindada y la satisfacción de las víctimas en estricto apego al artículo 7 del Código Procesal Penal.

III. MEDIDAS ALTERNAS

Como soluciones alternas al juicio, la LJPJ prevé las siguientes:

- El instituto de la conciliación: establecido en los artículos 61 al 67, el cual consiste en acuerdo voluntario entre persona acusada y persona ofendida, definiendo claramente las condiciones y el plazo de cumplimiento, convirtiéndose en una solución pacífica al conflicto surgido. La procedibilidad de ella la establece el artículo 132 de la Ley bajo estudio y uno de sus limitantes es la gravedad del daño acusado.
- Suspensión del Proceso a Prueba: los artículos 89 al 92 y 132 regulan la aplicación de este beneficio, cuyo fin es suspender el proceso; mientras la parte acusada se somete al cumplimiento de un plan reparador, al igual que en la conciliación, la gravedad del daño acusado es un impedimento para otorgarla y como elemento diferenciador, no es determinante el consentimiento de la víctima ni del Ministerio Público. El cumplimiento satisfactorio de las condiciones aprobadas produce el sobreseimiento definitivo del proceso.

Ahora bien, si en medio de la acusación y el señalamiento a debate no existe la posibilidad de solucionar el conflicto de manera alterna y en caso de que la persona menor de edad resultara condenada, tal y como ya se indicó, las sanciones privativas de libertad son la *ultima ratio*. A pesar de que la ciudadanía siempre pedirá el incremento de penas, debe existir suma atención en que a quien se juzga y eventualmente se condena, es a una persona menor de edad, que se encuentra en un proceso de formación.

IV. JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA DIGNIDAD HUMANA

El ejercicio del derecho lleva consigo la búsqueda de la paz social y el componente de esperanza de justicia, que implícitamente aplica a una sanción. El modelo de penas y sanciones aplicables en nuestro Derecho Penal se percibe en la mayoría de la población como única justicia, cuando el condenado va a prisión. Sin embargo, De Castro (2004) ha indicado que:

«El encierro ha fracasado como un mecanismo de readaptación social y, más bien, ha sido instrumento de reafirmación de las conductas delictivas que castiga. Es ineficaz para prevenir el delito y atenta contra los derechos humanos de las personas por las condiciones en que se encuentran la mayoría de las cárceles, particularmente en las sociedades subdesarrolladas: hacinamiento, ausencia de atención médica, maltratos, violación de debidos procesos para sanciones administrativas, arbitrariedad y discrecionalidad en el personal administrativo, entre otras» (p. 163).

Los tratados internacionales son instrumentos del Derecho Internacional Público que constituyen un juego de voluntades entre dos estados o más y se formaliza en documentos en donde se consigna por escrito obligaciones y derechos, esto para lograr mayor comodidad y seguridad jurídica.

Generalmente regula la conducta de los estados entre sí y las organizaciones internacionales para proteger los derechos humanos, la paz y la armonía entre Estados.

El reconocimiento internacional de la necesidad de que existieran un cambio de paradigma en la solución de los conflictos implicó la creación de una normativa jurídica, dado lo cual es importante replantearse si esa normativa constituye un medio idóneo y eficaz de tutela para la víctima, o si por el contrario, se deben de hacer ajustes a nivel interno para cumplir el mandato para lo cual fueron creados.

La Ratificación de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio), tomando en cuenta la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, conlleva la aplicación de métodos congruentes orientados con el cumplimiento de dicha normativa.

El establecimiento de la Justicia Restaurativa y el acceso que las personas involucradas en un conflicto penal, se desprende del artículo 7 del Código Procesal Penal (1996):

«...Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre las partes y, en especial, el restablecimiento de los derechos de la víctima. Para tales fines, siempre tomarán en cuenta el criterio de la víctima, en la forma y las condiciones que regula este Código...».

La Justicia Restaurativa es parte del derecho humano que se relaciona con el acceso a la justicia y a la solución pacífica de las controversias, cuyo fin debe ser restaurar la armonía social entre las partes, lo cual remite a soluciones alternas de corte restaurativo, en el cual a la víctima se le reconocen todos sus derechos, entre ellos el de ser resarcida de los daños ocasionados por un injusto penal.

Esta ofrece una nueva perspectiva sobre la forma de aplicar el derecho penal, marcando un sistema novedoso (a nivel del derecho interno), donde se incorpora a la solución del conflicto, todo un equipo de profesionales conformado por la persona juzgadora, una persona representante del Ministerio Público, una persona defensora, una persona profesional en Psicología y otra en Trabajo Social, en procura del restablecimiento de la paz, respetando e incorporando plenamente a la víctima en un proceso al cual fue llamada de forma abusiva.

Es así como a la persona menor de edad acusada, desde el inicio del proceso se le presenta la opción de solucionar la disputa con una medida alterna, que es una forma de aclarar el conflicto social que ha surgido a través del delito y que trata de restaurar la paz social entre las partes involucradas, es decir, son mecanismos supletorios que establece la ley para finalizar el conflicto, sin necesidad de agotar todas las etapas del proceso.

De acuerdo con la Ley de Justicia Penal Juvenil costarricense, es procedente la aplicación de una justicia con mayor celeridad, menor gasto de recursos humanos y económicos, mayor eficiencia y lo que es más importante, teniendo siempre como primer presupuesto el interés superior de la persona menor de edad acusada y en estricta atención al principio de tutela judicial efectiva.

Las medidas alternas que integran la justicia restaurativa son instrumentos procesales que detienen el ejercicio de la acción penal a favor de una persona acusada por la supuesta comisión de un ilícito, quien se somete, durante un plazo determinado a una prueba, en la cual deberá cumplir satisfactoriamente con ciertas y determinadas obligaciones legales e instrucciones que le imparta la persona juzgadora para el caso concreto, a cuyo término se declara extinguida la acción penal, sin consecuencias jurídico-penales posteriores.

Mediante la aplicación de una justicia restaurativa se respeta la dignidad de las personas víctimas y personas acusadas, en razón que expresan de forma libre y voluntaria, el deseo de someterse a ella, dignificando de esa manera la libertad de los seres humanos de tomar decisiones.

La justicia restaurativa involucra a la sociedad en la solución de los conflictos penales, lo cual hace mediante la conformación de redes de apoyo, siendo la comunidad misma que ofrece el espacio y recursos para que la persona infractora repare el daño causado. Con ello se aplica una política criminal democrática, ya que la participación ciudadana en la solución de conflictos disminuye la discriminación para con las personas acusadas de un proceso penal.

Costa Rica ha reconocido tratados internacionales de derechos humanos, dentro de los cuales figura el tema de las personas menores de edad. Sin embargo, hay toda una evolución en derecho internacional de derechos humanos que requiere de una formación permanente.

Los avances logrados se han basado en la administración de la justicia bajo un modelo que da respuestas integrales a los niños, niñas y adolescentes cuyos actos se encuentran en conflicto con la ley.

La conducta delictiva no sucede en el vacío. Por el contrario, es el resultado de diversos factores de

riesgo a nivel social, económico, cultural y familiar, que afectan tanto a las personas ofensoras como a las víctimas. Es así como se establece una clara separación legal con la víctima, no siendo esta sujeta de intervención de la instancia ejecutora.

La función de la persona juzgadora al aplicar la sanción penal juvenil implica de forma directa la búsqueda de la aplicación de la justicia que beneficie al interés superior de las personas menores de edad, para que logren retomar sus actividades familiares y comunales, afrontando con responsabilidad la sentencia, pero de una forma digna y que respete sus derechos humanos, lo cual debería ser el objetivo primordial de la política criminal costarricense.

Igualmente, es importante hacer a un lado las visiones adultocéntricas que colocan a las personas jóvenes como incapaces de opinar. Si se reforman o desarrollan leyes u otras medidas para garantizar su bienestar, hay que escuchar sus voces, puesto que les afectará directamente. Su visión también es de suma utilidad para construir iniciativas que les competen, siempre tomando en cuenta las características propias de esta población.

El fin pedagógico o «socio educativo» que incorpora la Ley de Justicia Penal Juvenil debe ser el norte para las personas juzgadoras, el que se ve plasmado plenamente en la aplicación de la Justicia Restaurativa, y en particular en Costa Rica por la utilización de herramientas eficientes como las denominadas Audiencias Previas.

Sin duda hemos avanzado mucho: la Jurisprudencia, en especial del Tribunal Superior Penal Juvenil --lamentablemente desaparecido desde finales del año 2011 gracias a erróneas y poco técnicas decisiones burocráticas de distintos poderes de la República-- motivo de orgullo y ejemplo para el resto de la justicia en el campo penal juvenil en Iberoamérica, cimentó las bases de la aplicación de una Justicia con rostro de Niñez al amparo del norte de los principios inspiradores de la materia: el Interés Superior de la Persona Menor de Edad, el Respeto a Sus Derechos, su Formación y Protección Integral, su Reinserción en su Familia y en la Sociedad (Artículo 7 de la LJPJ), y una visión Socio Educativa de la imposición de las Sanciones, que hacía simplemente incompatible un ejercicio ligero de la Ley del Talió en una fase explorativa del desarrollo del individuo, en donde el delito en la mayoría de los casos se presenta más como una entidad episódica y producto de carencias afectivas, educativas, sociales y económicas, que como un resultado exclusivo de la mentalidad sociopática, del dolo más aberrante, y de la mentalidad más alevosa con que disfrazan amarillistamente algunos bajo el manto del Populismo Punitivo a la clientela de la Justicia Penal Juvenil.

Ciertamente son más aspectos positivos que negativos los que obtenemos en el balance de estas «Bodas de Porcelana» del ejercicio de este aún joven y fértil terreno de acción de las Personas en conflicto con la ley Penal, pero, sin embargo, aún nos queda mucho trecho que recorrer en cuanto a los retos del presente y del futuro a corto y mediano plazo:

1. La obtención de una Justicia cada día más Especializada en el campo Penal Juvenil de Todos los actores de la Administración de Justicia;
2. El desarrollo pleno de políticas de estado que permiten un mayor ejercicio de la Justicia Restaurativa en esta materia;
3. Una decidida y constante inversión en alternativas de Prevención, a través del Deporte, los Valores Espirituales, la Recreación, La integración familiar sean prioritariamente apoyados por el estado, la comunidad, y cada uno de nosotros desde cualquiera que sean nuestras posibilidades de ayuda en cada caso;
4. Un combate al hacinamiento penitenciario que no existía en los primeros 15 años de vigencia de la Ley de Justicia Penal Juvenil, y que ahora en los últimos años padecemos casi de manera similar porcentualmente al que existe en el campo de adultos en nuestro país;

De ninguna manera debemos permitir que nuestras legítimas aspiraciones en la búsqueda de un mañana mejor para nuestros jóvenes y adolescentes en conflicto con la normativa penal juvenil en Costa Rica, sean utilizadas una y otra vez por los mercaderes de la demagogia, para hacernos pensar que verdaderamente se quiere hacer algo, por quienes tienen la capacidad y el poder de realizarlo, pero que en la realidad, las convierten en algo así como: una carta al niño Dios, sin sello postal, ni dirección del remitente, que difícilmente llegará a su destinatario, y mucho menos pueda algún día obtener una respuesta eficiente y efectiva de quien efectivamente lo requiere y necesita.

Si no invertimos más y mejor en Prevención del Delito, luego gastaremos muchísimo más en policías adicionales, en más cárceles y en el proceso que legitima el llenarlas con cada vez más niños hacinados en el país supuestamente más feliz del mundo...

Con todo, creemos que la Justicia Penal Juvenil ha dado en Costa Rica grandes pasos en estos 20

años, y que tenemos grandes desafíos por delante en la consolidación de modelos restaurativos, en la implementación de un modelo de la fase de ejecución penal más ágil y de mayores alternativas especialmente para las personas privadas de libertad producto de sentencias derivadas de la Jurisdicción Penal Juvenil, del seguimiento de las sanciones no privativas de libertad, y de brindar mayores alternativas de Prevención del Delito Juvenil, tanto a nivel social, familiar, deportivo, etc., así como de opciones distintas luego de la finalización de la sentencia que hagan menos posible la aparición de niveles de reincidencia no deseados...

Costa Rica merece una Justicia Penal Juvenil de calidad, y si queremos tenerla, debemos invertir seriamente en su consolidación en nuestro país.

NOTAS:

[1](#) Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación DER2015-67512-P, financiado con fondos del Ministerio de Economía y Competitividad y FEDER.

[2](#) STEDH caso Stögmüller contra Austria, de 10 de noviembre de 1969.

[3](#) Así, por ejemplo, lo recuerda en la STEDH (Sección tercera) caso Serrano Contreras contra España, de 20 de marzo de 2012.

[4](#) STEDH caso Stögmüller contra Austria de 10 de noviembre de 1969.

[5](#) Así lo ha señalado, por ejemplo, en el caso Hornsby contra Grecia, de 19 de marzo de 1997; Robins contra Reino Unido, de 23 de septiembre de 1997; Estima Jorge contra Portugal, de 21 de abril de 1998.

[6](#) Así, en caso Hornsby contra Grecia, de 19 de marzo de 1997. En el mismo sentido, Di Pede contra Italia y Zappia contra Italia, ambas de 26 de septiembre de 1996.

[7](#) STEDH (Sección tercera) Caso González Martín y Plasencia Santos contra España, de 15 de marzo de 2016; STEDH (Sección tercera) caso asunto Serrano Contreras contra España, de 20 de marzo de 2012; STEDH (Sección tercera) caso Menéndez García y Álvarez González contra España, de 15 de marzo de 2016; STEDH (Sección tercera) caso Comunidad de propietarios Pando número 20 contra España, de 20 de diciembre de 2016; STED (Sección tercera) caso Ruiz-Villar Ruiz contra España, de 20 de diciembre de 2016.

[8](#) STEDH (Sección tercera) caso asunto Serrano Contreras contra España, de 20 de marzo de 2012.

[9](#) Así, por ejemplo, STEDH (Sección tercera) caso asunto Serrano Contreras contra España, de 20 de marzo de 2012, reiterando lo dicho anteriormente en otras decisiones como la de la Gran Sala en el caso Frydlender contra Francia, de 27 de junio de 2000. Cfr. también STEDH caso Lenaerts contra Bélgica, de 11 de marzo de 2004.

[10](#) STEDH (Sección tercera) caso Sociedad Anónima del Ucieza contra España, 20 de diciembre de 2016.

[11](#) Así, por ejemplo, SSTC 125/1999 de 28 junio; 142/2010 de 21 diciembre.

[12](#) SSTC 125/1999 de 28 junio; 142/2010 de 21 diciembre.

[13](#) Así, STC 10/1997, de 14 de enero, con numerosas referencias a otras sentencias. También STC 142/2010 de 21 diciembre.

[14](#) Así, SSTC 237/2001 de 18 diciembre; 10/1997, de 14 de enero; 125/1999 de 28 junio.

[15](#) 237/2001 de 18 diciembre.

[16](#)STC 177/2004 de 18 octubre.

[17](#)STC 237/2001 de 18 diciembre, con numerosas referencias.

[18](#)STC 36/1984, de 14 de marzo.

[19](#)SSTC 36/1984, de 14 de marzo; 125/1999 de 28 junio; 142/2010 de 21 diciembre; 129/2016 de 18 julio.

[20](#)Así, por ejemplo, SSTC 93/2008, de 21 de julio; 129/2016 de 18 julio.

[21](#)Así, por ejemplo, STC 177/2004 de 18 octubre.

[22](#)STC 237/2001 de 18 diciembre.

[23](#)Así, por ejemplo, STC 33/1997 de 24 febrero, con referencias a otras sentencias.

[24](#)Voto particular a la Sentencia 83/1989, de 10 de mayo. Para DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: «La doctrina del TC sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y su repercusión en el ámbito penal», en *Repertorio Aranzadi del TC* núm. 8/2008, p. 10, con ello se obliga al ciudadano a iniciar un procedimiento administrativo ante el Ministerio de Justicia que muy probablemente acabe en uno contencioso-administrativo, lo cual provocará que la dilación se prolongue. Cfr. también, JIMENO BULNES, M.: «Las dilaciones indebidas y los secretarios judiciales», en *Ius et Veritas*, n° 20, 2000, p. 269; RODES MATEU, A.: *El Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento en el ordenamiento jurídico español*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 93 y ss.

[25](#)STS de 14 septiembre 1990. RJ 1990\7319.

[26](#)STS 14 diciembre 1991. RJ 1991\9313.

[27](#)GRANADOS PÉREZ, C.: *Acuerdos del Pleno de la Sala penal del Tribunal Supremo para unificación de la jurisprudencia años 1991-2016*. 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017 (Tol 6090649).

[28](#)STS de 14 octubre. RJ 1992\8321.

[29](#)STS de 14 octubre. RJ 1992\8321.

[30](#)GRANADOS PÉREZ, C.: *Acuerdos*, *op. cit.*

[31](#)RJ 1997\3537.

[32](#)Así, por ejemplo, STS de 5 mayo de 1997. RJ 1997\3659.

[33](#)STS de 8 junio de 1999. RJ\1999\5417. La opción de la apreciación de una atenuante por analogía ha sido muy criticada por la doctrina. Cfr., por ejemplo, ROIG TORRES, M.: «Tratamiento de las dilaciones procesales en el Derecho alemán y español», en *Revista General de Derecho Penal*, 23, 2015, pp. 39 y ss.; «La atenuante de dilaciones indebidas», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 29 y ss.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*. Grupo difusión, Madrid, 2017, pp. 179 y ss. y 310 y ss.; DÍEZ-RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte General*, 4ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 859.

[34](#)Así, por ejemplo, MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed. (actualizada y revisada con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Iváñez), 2016, p. 643; ROIG TORRES, M.: *Tratamiento*, *op. cit.*, pp. 42 y ss.

[35](#)STS de 1 de junio de 2017 RJ 2017\3872; de 2 marzo de 2016. RJ 2016\5767.

[36](#)STS de 1 de junio de 2017 RJ 2017\3872; de 2 marzo de 2016. RJ 2016\5767.

[37](#)CÓRDOBA RODA, J.: «Las dilaciones indebidas», en *Diario La Ley*, 7534, 2010.

[38](#)Así, por ejemplo, DÍEZ-RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal*, op. cit., p. 863.

[39](#)MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: «La circunstancia atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 6, 2011, p. 107. Para esta autora, siguiendo lo dicho por la jurisprudencia, frente a otras soluciones, la configuración de una atenuante «tiene una consecuencia altamente importante, toda vez que somete la atenuación de la pena al régimen general de su individualización de la pena. De esta manera, se excluye todo riesgo de arbitrariedad en el manejo de los principios aquí establecidos. La pena aplicable junto con la pérdida del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas habrá respetado la proporción adecuada entre el hecho y su sanción, dentro de los límites en los que el legislador ha considerado que ello debe tener lugar para no frustrar la estabilización de la norma infringida».

[40](#)Grupo de Estudios de Política Criminal: *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias*. 2014, pp. 38 y ss. En el mismo sentido, DÍEZ-RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal*, op. cit., pp. 860 y ss.

[41](#)Así lo dicen claramente MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: «Circunstancias modificativas (arts. 21 y 22)», en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010 (*Tol* 1943438) y ROIG TORRES, M.: *Tratamiento*, op. cit., p. 49. Es una idea que parece estar presente también la argumentación que ofrece el Grupo de Estudios de Política Criminal. Cfr. también LÓPEZ PEREGRÍN, C.: «La atenuación de la pena por dilaciones indebidas en el Código penal español», en CARPIO DELGADO/MUÑOZ CONDE/GALÁN MUÑOZ: *Análisis de las reformas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. (*Tol* 5186315).

[42](#)Un buen ejemplo lo constituye la STS de 1 de junio de 2017 en la que se dice que la apreciación de la atenuante hubiera carecido de cualquier efecto a la vista de las penas impuestas por la Audiencia.

[43](#)En este sentido estoy de acuerdo en que la atenuante puede terminar por favorecer la existencia de dilaciones indebidas.

[44](#)Lo cual supondría dejar la respuesta a las dilaciones indebidas en manos del poder ejecutivo que a menudo es responsable de que éstas se produzcan por no dotar de los medios materiales y personales a la Administración de Justicia. En este sentido respecto del indulto, RAMÍREZ ORTÍZ, J. L.: «Derechos fundamentales y derecho penal: La circunstancia atenuante de dilaciones indebidas», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 27/2012, p. 6.

[45](#)Así, por ejemplo, DÍEZ-RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal*, op. cit., p. 864 y el Grupo de Estudios de Política Criminal.

[46](#)En este sentido, DÍEZ-RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal*, op. cit., p. 864 y el Grupo de Estudios de Política Criminal.

[47](#)B. SCHÜNNEMANN, «¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)» (trad. de T. Rodríguez Montañés), en *Jornadas sobre la «Reforma del Derecho Penal en Alemania»*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, pp. 49 y ss. Como ha escrito PIZZI, «el sistema de justicia penal estadounidense es hoy un sistema que descansa sobre la negociación procesal de las sentencias, en el que solo ocasionalmente algún caso llega a juicio»;

porque el mismo «se esfuerza denodadamente por evitar llegar a juicio mediante la promulgación de leyes que desplazan la autoridad sentenciadora de los jueces a los fiscales. Estos a continuación utilizan su poder para presionar a los acusados a que renuncien a sus derechos procesales» (en *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*, trad. de C. Fidalgo Gallardo, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 102 y 221).

[48](#)FRANCO CORDERO, «Linee di un processo accusatorio», en AA.VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Giuffrè, Milán, 1965, p. 67.

[49](#)Porque, como ha escrito también CORDERO, «los opuestos no se dejan conciliar» (*ibid.* p. 62).

[50](#)B. CONSTANT, *Curso de política constitucional*, trad. de M. A. López, Imprenta de la Compañía, Madrid, 1820, I, p. 250 (edición facsímil de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, por la que cito).

[51](#)Para un tratamiento riguroso y detallado de esa jurisprudencia, cfr., entre otras publicaciones, R. ALCÁCER GUIRAO, *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; A. JORGE BARREIRO, «Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002)», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 48, noviembre/2003, pp. 67 y ss.; e I. SÁNCHEZ YLLERA, «Facultades de valoración del tribunal *ad quem* (Especial referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 167/2002)», en Varios Autores, *Los recursos de casación y apelación en el orden penal*, CGPJ, 2006.

[52](#)Piénsese que el punto de vista, epistémicamente insostenible, consistente en considerar la cara interna de la conducta eventualmente punible o, dicho de otro modo, los elementos subjetivos del delito, como materia no atinente a los hechos, sino integrada por «elementos morales o jurídicos», por tanto propia de la *quaestio iuris*, criterio jurisprudencial que ha llegado hasta nosotros (y no acaba de irse del todo), tiene su origen en una sentencia de TSS2ª de principios del siglo pasado, dirigida a ampliar la competencia de esta para decidir sobre la concurrencia o no del ánimo de defraudar, en la estafa (cfr. al respecto, E. AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Criminal*, Editorial Reus, 2ª edición corregida y aumentada, Madrid, 1925, V, pp. 558-559).

[53](#)Como ha escrito G. ALESSI, en el Continente, «la campaña contra el poder judicial y sus excesos miraba a Inglaterra: la organización judicial del otro lado del Canal de la Mancha parecía responder al minimalismo auspiciado por los ilustrados. Ninguna complicada teoría de las pruebas legales, pocos jueces togados, nada de tortura, un número bastante limitado de remedios contra la sentencia. Ningún autónomo aparato "estatal" de policía. Además, la presencia de jurados y una amplia posibilidad de recusarlos, al inicio del proceso» (en *Il processo penale. Profilo storico*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 123).

[54](#)M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milán, 1974, p. 12.

[55](#)F. CARRARA, *Programa de derecho criminal*, trad. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero Leconte, Temis, Bogotá, 1976, II, p. 233.

[56](#)J. M. LUZÓN CUESTA, *El recurso de casación penal*, Colex, Madrid, 2000, p. 59.

[57](#)J. SÁEZ JIMÉNEZ y E. LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, *Compendio de derecho procesal civil y penal*, Editorial Santillana, Madrid, 1968, IV/II, p. 1287.

[58](#)SSTS2ª: 2.047/2002 y 480/2009, entre muchas. Según estas mismas sentencias, en la valoración de las pruebas habría «un segundo nivel, necesario en ocasiones, en el que la opción por una u otra versión de los hechos» se fundamenta «en una elaboración racional o argumentativa posterior» a la percepción sensorial. De donde se sigue la existencia valoraciones probatorias practicables sin necesidad de que en ellas intervenga algún coeficiente o esfuerzo de racionalidad o intelectual.

[59](#)F. M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, Nápoles, 1749, p. 106.

[60](#)A estos se refería con particular plasticidad (en 2008) un informe del fiscal en un recurso de casación, en el que podía leerse que la valoración probatoria está «sometida al imperio exclusivo y excluyente del juzgador de instancia [...] terreno de labor privativo de este, que podrá contemplar *in situ* las reacciones del interrogado; observarlo de frente intentando escrutar en su mirada la realidad de lo acontecido, comprobar la firmeza o tibiedad (*sic*) de sus declaraciones, el nivel de contundencia de las afirmaciones de un testigo.».

[61](#)Pertrechado, en el mejor de los casos, con esa «simple intuición profesional», de la que habla F. GORPHE, en *Apreciación judicial de las pruebas*, trad. de J. Guerrero, Temis, Bogotá, p. 342. El mismo autor, refiriéndose a los datos que se expresan en la gestualidad del declarante, ha escrito: «Son elementos toscos, generalmente imprecisos, y que requieren una interpretación. Y nada hay más difícil que esto. Por grande que sea su experiencia profesional, y su natural perspicacia, un juez no es un adivino que escrute en los corazones y penetre los pensamientos» (en *La crítica del testimonio*, trad. cast. de M. Ruiz-Funes, Editorial Reus, 1933, p. 59). Por eso, «es muy importante [...] no olvidar que solo se puede dar valor al análisis de la comunicación no verbal basándose sobre indicadores específicos para cada tipo de mensaje y si se dispone de los instrumentos interpretativos adecuados», al tratarse de un tipo de análisis que «es complejo, en cuanto requiere la observación de muchas variables al mismo tiempo y por eso difícilmente se consigue extraer de ella conclusiones válidas y fiables, sobre todo si se carece de una preparación adecuada» (A. CAVEDON y M. G. CALZOLARI, *Como si esamina un testimonio. Intervista cognitiva e intervista strutturata*, Giuffrè, Milán, 2005, p. 17). Acerca de la complejidad de los factores que intervienen en los actos de comunicación en que consiste la prueba testifical (conducta verbal, conducta paralingüística y conducta no verbal) cfr. M DIGES, *Testigos sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense*, con prólogo de J. J. López Ortega, Trotta, Madrid, 2016, pp. 218 y ss.

[62](#)También la doctrina sigue en cierta medida presa o confundida en presencia del tópico. Así, N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, luego de advertir que la inmediación en el examen de las pruebas personales «no garantiza el acierto», señala que «también es cierto que permite al tribunal acceder a algunos aspectos singulares de las pruebas personales irrepetibles, tales como signos, silencios, miradas, gestos o actitudes, que de modo atemperado pueden, y aun deben influir en su valoración», si bien «solo en un segundo plano» y porque el juzgador podría evaluar esos datos a tenor de «las máximas que le proporciona su experiencia personal y forense» (en *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 94-95).

[63](#)F. CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, Milán, 1966, p. 230.

[64](#)M. MURENA, *Tratado de las obligaciones del juez*, traducido del italiano al francés y de este idioma al castellano por D. Cristóval Cladera, Plácido del Barco López, Madrid, 1785, p. 51. Me he ocupado de este asunto en *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pp. 99 y ss., y en *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2015, pp. 272 y ss.

[65](#)N. BRAUNSHAUSEN, *Introducción a la psicología experimental*, trad. cast. de J. Carreras Artau, Labor, Barcelona, 1930, p. 104.

[66](#)L. DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale. Diritto e psicologia*, Cedam, Padua, 2000, pp. 35 y 37. Por cierto, no es menos expresivo al respecto el título del excelente libro de G. MAZZONI, *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, trad. cast. de J. M. Revuelta, Trotta, Madrid, 2010.

[67](#)En *op. cit.*, p. 219.

[68](#)Se sabe bien de los efectos distorsionadores que, en la información de imputados y testigos, produce, de manera prácticamente inevitable, la reiteración y superposición de interrogatorios: «está

demostrado que la memoria humana es un instrumento frágil y elusivo: puede ser "ayudada", parcialmente reestructurada o completamente alterada por inputs sucesivos al evento (G. GULOTTA, *Strumenti concettuali per agire nel nuovo processo penale*. Giuffrè, Milán, 1990, p. 144).

[69](#)En *op. cit.*, p. 13.

[70](#)D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Giuffrè, Milán, 2005, p. 35, ve una pérdida relevante de información en la renuncia a valorar la actitud de los declarantes. Pero no tiene en cuenta la relevancia, sin riesgos, de la atención a esta por parte de los interrogadores.

[71](#)Hay una --creo que única, curiosa-- sentencia (STS^{2ª} 818/1993) en la que se dice que para conocer el ánimo homicida, salvo en aquellos supuestos en los que se ofrece la espontánea y voluntaria manifestación de interesado, «los jueces han de actuar en funciones propias de psicoanálisis» (¡nada menos!).

[72](#)Y se trataría de una verdadera grave imprudencia cuando se sabe «lo fácil que es malentender las señales analógicas del cuerpo» porque «no hay una sola» de ellas «que pueda ser considerada como un símbolo universalmente válido» (Ver F. BIRKENBIHL, *Segnali del corpo. Come interpretare el linguaggio corporeo*, trad. it. de M. E. Tonin Dogana, Franco Ángeli, Milán, 2003. pp. 23 y 197).

[73](#)Resulta para mí un verdadero placer por medio de este artículo en rendir homenaje a mi ex Profesor en los cursos doctorales, Presidente del Tribunal evaluador de mi tesis de doctorado, Maestro y referente del Derecho Penal tanto en España como en muchos otros países, el Catedrático de la Universidad de Cádiz Juan Terradillos, a quien tengo el orgullo de considerar igualmente como un amigo.

ÍNDICE:

I. ESTUDIOS DE PARTE GENERAL

1. La investigación en Derecho penal

Investigar en derecho penal: las enseñanzas de un Maestro

Esther Hava García

Hacia una dogmática jurídico penal como sistema abierto

María José Rodríguez Mesa

Contexto, interdisciplinariedad y dogmática penal

Diana Patricia Arias Holguín

La implantación de los estudios oficiales de criminología en España

José Luis Díez-Ripollés

Derecho Penal y Psiquiatría. De cómo una psiquiatra se aventuró por el mundo penal y criminológico siguiendo al Prof. Terradillos

Julia Cano Valero

Diversidad cultural y Derecho penal

Guillermo Portilla Contreras

Reformas penales y gobernar a través del delito: el caso peruano

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Bienes jurídicos, valores y derechos: satisfacción de necesidades y lucha por el reconocimiento

Mercedes Alonso Álamo

Derecho penal y utopía garantista: una visión latinoamericana

Juan Oberto Sotomayor Acosta

Notas básicas sobre la autoría a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP español): Autoría y significado específico del hecho

Carlos Martínez-Buján Pérez

Sobre la interpretación en Derecho Penal

Iván Meini

2. Evolución histórica de la Ciencia del Derecho penal

Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura

Francisco Muñoz Conde

Metamorfosis del Derecho penal del Estado de Derecho

Eduardo Demetrio Crespo

La Ilustración hispana frente al encierro punitivo: la obra de Lardizábal en su discípulo Joseph Marcos Gutiérrez

Alejandro W. Slokar

1917: La Constitución del Estado social y democrático de derecho en México

Luis Arroyo Zapatero

3. Constitución y ley penal: la imposible convergencia

Exigencias normativas de legitimidad en la ley penal. Constitución y teoría de la legislación penal

Gloria González Agudelo

Los tipos de omisión impropia y el principio de legalidad estricta

Luis Fernando Niño

4. Política y Derecho penal en Europa

¿El Brexit es un reto para la política criminal de la Unión Europea?

María Acale Sánchez

El proceso de integración penal europea

José Luis de la Cuesta Arzamendi

Cultura política de la UE y racionalidades penales nacionales: Reflexiones sobre la penalidad migratoria

José Ángel Brandariz García

El paradigma de la privación de libertad de solicitantes de protección internacional en Europa: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs. el Derecho de la Unión Europea

Esther Pomares Cintas

Abusos de mercado y Derecho penal: España e Italia frente al impulso europeo

Adán Nieto Martín

Luigi Foffani

5. Peligrosidad social y Estado de Derecho

A vueltas con el Derecho penal de la peligrosidad

Rafael Rebollo Vargas

Los disfraces de la peligrosidad (la pena del delito común contra la propiedad)

Raúl Zaffaroni

Los «anormales» y su discriminación penal

Nicolás García Rivas

6. Consecuencias jurídicas del delito

¿Penas o medidas?: del garantismo a la confusión

Mercedes García Arán

El castigo de la delincuencia económica y el riesgo de derecho penal de autor

Gonzalo Quintero Olivares

Nuevas tendencias penológicas: hacia la penología del control

Borja Mapelli Caffarena

La prisión permanente revisable: crónica de una derogación anunciada

María del Mar Martín Aragón

7. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

El órgano de cumplimiento en la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: indefiniciones y precisiones

Norberto J. de la Mata Barranco

La conveniencia de la responsabilidad penal de los partidos políticos

Joan Baucells Lladós

Sobre las inconcebibles naturaleza y función penales y sancionatorias de las erróneamente denominadas «penas», medidas de seguridad «penales» u otra especie de sanciones «penales» aplicables a personas jurídicas

Luis Gracia Martín

8. Justicia penal de transición, impunidad y memoria

Ley de Amnistía. Cuarenta años después

Araceli Manjón-Cabeza Olmeda

II. ESTUDIOS DE PARTE ESPECIAL

1. El Derecho penal de la Globalización

Violencia e impunidad: Examen al Estado

Arturo Ventura Püschel

Francisco Javier Álvarez García

La violencia como elemento del delito de rebelión

Miriam Cugat Mauri

Delimitación de las modalidades de conducta en el delito de atentado: el significado de agredir, acometer y oponer resistencia

María del Mar Carrasco Andrino

Francisco Javier Álvarez García

Actualizar la prohibición del genocidio y las masacres

Ramón Sáez Valcárcel

Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de Derechos Humanos en el marco del Derecho penal internacional

Ana Isabel Pérez Cepeda

Derecho penal y exclusión social. El «top manta» en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial

Margarita Martínez Escamilla

La protección penal del crédito después de la crisis económica

Hernán Hormazábal Malarée

La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis. Análisis jurisprudencial

Juan Muñoz Sánchez

Regulación del cannabis: aportes político-criminales para la construcción de alternativas al modelo prohibicionista de control de las drogas

Diego Silva Forné

2. Corrupción

Corrupción pública en Latinoamérica

Fabián Luis Riquert

Crimen organizado, corrupción y responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú

José Ugaz S. M.

El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la Administración pública y por soborno transnacional en el debate parlamentario argentino de 2017

Carlos Julio Lascano

Delito de «cohecho electoral»

Lorenzo Morillas Cueva

«Rendición de cuentas y transparencia» como instrumentos de lucha contra la corrupción de los partidos políticos

M^a José Rodríguez Puerta

3. Derecho penal económico y de la empresa

La protección penal del consumidor digital

Luis Ramón Ruiz Rodríguez

El fantasma del administrador de hecho y otras cuestiones fundamentales en los delitos societarios

José Manuel Ríos Corbacho

Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal colombiano

Fernando Velásquez Velásquez

Valoración de la vigente tutela penal de la propiedad intelectual tras la reforma del Código de 2015

Luis Rodríguez Moro

La vigencia de la categoría delito de cuello blanco cuando los delitos socioeconómicos se comenten en contextos normalizados

Laura Zúñiga Rodríguez

Estafa y fraude de subvenciones: una revisión de sus relaciones concursales

M^a del Carmen Gómez Rivero

¿Nueva alternativa a la pena en materia penal tributaria y previsional en Argentina?

Marcelo A. Riquert

Delito de defraudación tributaria y blanqueo de capitales. Reflexiones en supuestos de regularización tributaria con efectos penales

Fermín Morales Prats

El paralelismo procedimental en la persecución del delito de defraudación tributaria

Juan Carlos Ferré Olivé

4. Delitos patrimoniales

A vuelta con el principio de proporcionalidad, de «non bis in idem» y la multirreincidencia en el delito de hurto: Análisis de la STS 481/2017, de 28 de junio

Carmen Salinero Alonso

5. Derecho penal del trabajo

Contextualizando el «Derecho Penal del Trabajo»

Antonio Baylos Grau

El empresario, principal sujeto obligado a garantizar un medio de trabajo seguro y saludable

Joaquín Aparicio Tovar

¿Existió alguna vez un verdadero Derecho penal del trabajo?

Manuel Jesús Dolz Lago

Derecho penal del trabajo en Colombia

Alfonso Cadavid Quintero

Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa?

Eduardo Ramón Ribas

Pesca ilegal y contratación de trabajadores extranjeros: la Sentencia Varepi

Inma Valeije Álvarez

Proxenetismo lucrativo: ¿una modalidad diferente de explotación laboral?

Beatriz Cruz Márquez

A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?

Ignacio F. Benítez Ortúzar

El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio,

legislativo

Fernando Navarro Cardoso

¡Se acabaron las mayorías absolutas parlamentarias! Una crónica política hacia la descriminalización del ejercicio del derecho de huelga

Rosario de Vicente Martínez

La conducta típica del delito de coacciones a la huelga (art. 315.3 CP)

Bárbara San Millán Fernández

La técnica de tipificación y su relación con la aplicación de los delitos que protegen la vida y la salud de los trabajadores

Cristina Méndez Rodríguez

Disfunciones del sistema judicial en el ámbito penal de la siniestralidad laboral

María Revelles Carrasco

La siniestralidad laboral como delito: consecuencias aplicativas

Rosa M. Gallardo García

Siniestralidad laboral y responsabilidad penal por delitos contra la vida o la salud cometidos en comisión por omisión imprudente en el ámbito empresarial

Carmen López Peregrín

La incidencia de la «nueva» imprudencia menos grave en la siniestralidad laboral

M^a José Cuenca García

6. El delito de inmigración ilegal y la trata de personas

El CP español como paradigma del Derecho de la «crimigración»

Diego Boza Martínez

Reconocimiento del derecho de asilo en España a mujeres víctimas de violencia de género

María del Rosario Gómez López

Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres humanos

María Luisa Maqueda Abreu

7. Protección penal del medio ambiente: luces y sombras

La red para la protección ambiental en el Código penal tras la reforma de 2015: los resultados típicos

Paz M. de la Cuesta Aguado

El medio ambiente y la necesidad de coordinación policial como medio de investigación

Antonio Vercher Noguera

Incertidumbre científica y certeza jurídica. La plasmación del Principio --medioambiental-- de precaución en Derecho penal

Mariana N. Solari Merlo

Protección penal del medio ambiente en la Unión Europea. Luces y sombras

Maria Marquès i Banqué

Compliance ambiental: aspectos esenciales, a la luz de la reforma penal de LO 1/2015, de 30 de marzo

Elena M. Górriz Royo

8. Ideología y valores religiosos en el Código Penal

Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados

Patricia Laurenzo Copello

9. Terrorismo y Derecho

El terrorismo global yihadista: ¿Límites a un derecho penal exagerado?

Juan Carlos Campo Moreno

Reflexiones sobre el terrorismo: del terrorismo nacional al terrorismo global

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

La dimensión política del terrorismo

Carmen Lamarca Pérez

Terrorismo: entre el derecho penal y la seguridad nacional

Antonio M. Díaz Fernández

Contraterrorismo

José L. González Cussac

Inteligencia y contrainteligencia en Chile. El monopolio de la violencia estatal frente al terrorismo y sus distorsiones

Myrna Villegas Díaz

Cristian Parada Bustamante

Reflexiones actuales sobre la lucha contra el terrorismo

Miguel Ángel Núñez Paz

Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal

María Luisa Cuerda Arnau

Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»

Juan Carlos Carbonell Mateu

Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos «Cesar Strawberry» y «Cassandra Vera»

Fernando Miró Llinares

De la prevención del blanqueo de capitales a la de la financiación del terrorismo

Patricia Faraldo Cabana

III. ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL

La reparación de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el Derecho Penal

Octavio García Pérez

Sobre los altos tribunales y la «mística» de la inmediación

Perfecto Andrés Ibáñez

Audiencias tempranas y justicia restaurativa en el campo penal juvenil en Costa Rica

Álvaro Burgos