

Revista

Foro FICP

(Tribuna y Boletín de la FICP)

2013-2

(septiembre 2013)

(ISSN: 2340-2210)

Consejo de Redacción

Director: Prof. Dr. Dr. h. c. D. Diego-Manuel Luzón Peña
Presidente de honor de la FICP. Catedrático de Derecho penal.
Universidad de Alcalá. Madrid. España.

Coordinación General: Prof. Dra. D.^a Raquel Roso Cañadillas
Patrona de la FICP. Prof. Titular de Derecho penal.
Universidad de Alcalá. Madrid. España.

Coordinación: Prof. Dr. D. José Zamyra Vega Gutiérrez
Socio de la FICP. Investigador contratado. Acreditado Ayudante Doctor.
Universidad de Alcalá. Madrid. España.

Coordinación técnica: Prof. D. Enrique F. Luzón Campos
Secretario de la FICP. Abogado. Máster en Derecho. Prof. asociado Derecho Penal.
D.^a Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz
Socia de la FICP. Becaria investigación FPI Derecho Penal. Univ. Alcalá.

Edición: Fundación Internacional de Ciencias Penales. Madrid (España). www.ficp.es

*La Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP), que ya creó en 2012 su revista Libertas concebida como revista penal de alto nivel científico y abierta a acoger artículos tanto de miembros de la fundación como externos a ella siempre que cumplan el indicado requisito, ha puesto en marcha en 2013 su revista interna, **Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP)**, dedicada a la participación de sus miembros, los socios y los patronos, así como de los integrantes del Consejo Científico de Redacción de Libertas, y también con carácter de boletín periódico.*

Con el número 2013-0 se ha puesto en funcionamiento Foro FICP como Tribuna/Boletín de la FICP, estando previsto que aparezcan varios números anuales, dependiendo de las posibilidades organizativas y del número de colaboraciones que nos vayan llegando de los socios.

La revista Foro FICP está abierta permanentemente a los miembros de la FICP, muy especialmente a los Socios, para acoger por una parte y fundamentalmente todas sus colaboraciones sobre temas penales, de opinión o debate o de artículos y estudios, con independencia de su extensión y de que tengan o no notas y bibliografía, y por otra parte, las noticias que los socios y demás miembros quieran aportar en relación con actividades vinculadas al objeto de las ciencias penales.

*Quedan por tanto **invitados a participar** desde el número 2013-1 y siguientes **en Foro FICP todos los patronos y socios de la FICP**, o miembros del Consejo internacional científico y de redacción de Libertas, que lo deseen, enviando al correo electrónico contacto@ficmp.es **estudios o artículos, trabajos cortos de opinión, reflexión o debate y noticias.***

*Se publicarán los originales **tanto en español como en portugués.***

*Actualmente se ha decidido que Foro FICP sea una revista **abierta al acceso libre** por cualquiera que visite la web www.ficmp.es.*

SUMARIO

I.	TRIBUNA (para los miembros de la FICP)	4
1.	Opinión, reflexión y debate	4
	<i>Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller</i>	4
	Detengan la custodia de seguridad	
	<i>Prof. Dr. José Zamyra Vega Gutiérrez</i>	9
	Derecho penal y seguridad vial	
	<i>Prof. Dr. José Zamyra Vega Gutiérrez</i>	11
	Estafa y Derecho penal económico	
	<i>Sr. D. Alfonso Allué Fuentes</i>	13
	Breves consideraciones sobre la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa tras la reforma del Código Penal por la LO 15/2003, de 25 de noviembre	
2.	Estudios	23
	<i>Prof. Dr. Dr. h. c. Diego-Manuel Luzón Peña</i>	23
	Consentimiento presunto y autorización oficial: exclusión de la antijuridicidad o de la tipicidad y requisitos respectivos	
	<i>Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Lorenzo Morillas Cueva</i>	51
	Aspectos dogmáticos y político-criminales del delito de blanqueo de capitales	
	<i>Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas</i>	108
	La apropiación indebida en la pareja. Amor, codicia y desamor	
	<i>Prof. Dr. Víctor Gómez Martín</i>	133
	Compliance y derechos de los trabajadores	
	<i>Prof. Dra. Antonia Monge Fernández</i>	158
	Multiculturalismo y Derecho Penal	
	<i>Prof. Dr. Fernando de la Fuente Honrubia/Sra. Dña. Remedios Campoy Gómez</i>	178
	El quebrantamiento de condena en el ámbito de la violencia familiar	
	<i>Prof. Dr. José Zamyra Vega Gutiérrez</i>	208
	Reflexiones en torno a la Ley nº 779, de violencia contra la mujer en la legislación nicaragüense	
	Comunicaciones presentadas al XVI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal	224
	<i>Sra. Dña. Eva Caballero Costa/Sra. Dña. Marisol Caballero Costa</i>	224
	La sustitución de las penas privativas de libertad en los delitos relacionados con la violencia de género	
	<i>Sra. Dña. Sacramento Ruiz Bosch</i>	236
	Responsabilidad civil <i>ex delicto</i> de las personas jurídicas declaradas penalmente responsables	
	<i>Sra. Dña. María Teresa Pedrós Torrecilla</i>	252
	El delito de trata de seres humanos	
	<i>Sra. Dña. Gloria A. Moxica Pruneda</i>	262
	Las acciones preferentes y las subordinadas. El delito de estafa. Situación actual con análisis de la jurisprudencia	
	<i>Sra. Dña. María Elena Rábade Blanco</i>	275
	La prevaricación urbanística del art. 320 del Código Penal	

	<i>Sra. Dña. María de la Paz Garcés Carbonell</i>	301
	La imparcialidad u objetividad como bien jurídico protegido en el delito del artículo 441 del Código Penal	
	<i>Sra. Dña. Remedios Campoy Gómez</i>	311
	La evolución del control de la pena de prisión por el Juez de Vigilancia Penitenciaria	
	<i>Sra. Dña. Rocío Esgueva Pérez</i>	319
	Compensación de medidas cautelares y penas de distinta naturaleza	
	<i>Sra. Dña. María Jesús Muñoz Company</i>	326
	Derecho de defensa y declaración testifical de menores. Perspectiva jurisprudencial	
	<i>Prof. Marta Escudero Muñoz</i>	334
	Nulidad del auto de remisión definitiva por hechos cometidos durante la vigencia del plazo de suspensión de la ejecución de las penas de prisión	
	<i>Sra. Dña. Joana Ruíz Sierra</i>	348
	Operación Atalanta. Problemas derivados de la instrucción y enjuiciamiento del delito de piratería	
II.	NOTICIAS DE LA FICP	358
1.	Seminarios	358
2.	Nueva página web	360
3.	Cambio de cuenta bancaria	361
III.	NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP	362
1.	Distinciones, galardones; grados académicos	362
2.	Libros y artículos recientes de miembros de la FICP	365
3.	Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP	388

I. TRIBUNA

(para los miembros de la FICP)

1. Opinión, reflexión y debate

Detengan la custodia de seguridad

~Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller~

Catedrático acredit. de Derecho Penal. Universidad Carlos III de Madrid. Socio de la FICP.

I

Es 25 de abril del año 2262. Está siendo usted juzgado ante un Tribunal de Pronóstico Criminal: un órgano judicial precognitivo que pronostica si un ser humano va a delinquir y que, si es necesario, impone medidas para evitarlo. El motivo: es la segunda vez que le pillan vendiendo droga (ya había cumplido 18 meses por la condena anterior). El Tribunal está analizando sus indicadores socioeducativos y situacionales, así como sus antecedentes penales, para saber si existe “probabilidad de comisión futura de otro delito”.

Las cosas no pintan bien. El Tribunal entra en la sala y dicta sentencia in voce:

“Además de la pena de tres años de prisión por tráfico de drogas, se le condena por su peligrosidad a custodia de seguridad.

Esto significa que cuando cumpla sus tres años de prisión será de nuevo internado, esta vez por tiempo indefinido, hasta un máximo de diez años.

Durante ese internamiento, cada dos años se comprobará si sigue existiendo probabilidad de comisión futura de otro delito. Sólo se le dejará salir si ya no existe tal probabilidad”.

Esto significa que primero irá a prisión y que cuando haya purgado usted su deuda con la sociedad... ¡aún le quedarán por delante hasta 10 años de internamiento! Usted intenta oponerse, pero tiene tantas cosas que decir que no sabe por dónde empezar y de repente se queda sin aire, sus palabras no llegan a salir, nadie puede oír lo que usted tiene que decirles.

Se despierta usted con el cuerpo agarrotado y la almohada empapada en sudor. Ha sido sólo un mal sueño.

Lo terrible es que quizá haya sido un sueño premonitorio.

II

En 2012 el Ministerio de Justicia presidido por Alberto Ruiz Gallardón emprendió una extensa reforma del Código Penal mediante dos anteproyectos. De uno de ellos ya hemos tenido ocasión de hablar en estas páginas: fue tramitado con bastante urgencia y ya se ha convertido en Ley. El otro es un extensísimo texto que casi supone un nuevo Código Penal, siguiendo lo que ya parece una perniciosa costumbre de los últimos Ministros de Justicia.

Pero esta vez es más grave.

Esta vez se plantea un cambio de paradigma de nuestro Código Penal: el giro desde un “Derecho Penal del Hecho”, que juzga y sanciona a los ciudadanos infractores atendiendo a las conductas que hayan realizado (a lo que han hecho), a un “Derecho Penal de la Peligrosidad”, de corte autoritario, que opta por encarcelar a ciudadanos infractores durante larguísimos períodos de tiempo atendiendo a si son peligrosos o no.

Como máximas expresiones de un Derecho Penal de la Peligrosidad, el Anteproyecto de Reforma de 2012 introduce la cadena perpetua revisable y la llamada custodia de seguridad.

Esta última es una medida de seguridad que consiste en que el condenado, tras cumplir su pena de prisión, es enviado nuevamente a un centro de internamiento (que puede ser incluso la misma cárcel) por un plazo máximo de 10 años mientras exista “probabilidad de comisión futura” de otro delito por parte del condenado.

Los requisitos son básicamente los siguientes:

- Haber sido ya castigado a una pena de al menos dos años de prisión por un delito de los señalados en la ley (entre ellos, delitos contra las personas, tráfico de drogas, delitos con violencia o intimidación –incluidos los robos-, terrorismo, etc.), y haberla cumplido en parte.
- Cometer otro de esos delitos con una pena de al menos tres años de prisión.
- Que el Juez o Tribunal entienda que se da “probabilidad de comisión futura” de otro de esos delitos. Para ello debe valorar las circunstancias personales, su “tendencia a la comisión de esos delitos” (sic), etc.

- Esa comprobación se realizará al inicio del cumplimiento de la custodia y se repetirá al menos cada dos años. Si en alguna de esas reevaluaciones el sujeto no muestra probabilidad de comisión futura de otro delito, deberá suspenderse la custodia de seguridad.

III

La regulación en cuestión es inaceptable en un Estado de Derecho.

1. En primer lugar, debe aclararse que no se trata de una medida para personas con trastornos psiquiátricos graves, necesitadas de internamiento terapéutico. Se trata de encerrar por tiempo indefinido, hasta diez años más tras su condena penal, a alguien tan sano mentalmente como usted o como yo (signifique eso lo que signifique).

2. En segundo lugar, no piense el lector que este trato se reserva a asesinos en serie o a depredadores sexuales: se trata de una norma aplicable a quienes hayan cometido por segunda vez delitos con penas a partir de tres años de prisión, entre los cuales están los robos callejeros, los actos de venta o transporte de drogas (no necesariamente los de los grandes “narcos”, sino sobre todo los de sus empleados), las lesiones en casos de violencia intrafamiliar o de género, etc. En resumen: abarca la criminalidad menos grave.

3. Por ello, nos encontramos ante un caso flagrante de medida desproporcionada. Un ciudadano es condenado con una pena de 3 años de prisión por segunda vez... y se le añade, además de su pena, un plus de hasta 10 años más. Alargar la privación de libertad desde los 3 a los 13 años es una intervención penal que no supera ningún test de proporcionalidad.

4. Probablemente lo más grave es la idea -extraordinariamente naïve- de “probabilidad de comisión futura de otro delito”. ¿Cuándo hay esa probabilidad? ¿Cómo se debe medir?

A día de hoy no existen sistemas mínimamente fiables y seguros de predicción de la “probabilidad de comisión futura de un delito”. Ni siquiera en los ámbitos delincuenciales donde existen factores más mensurables se alcanza una seguridad suficiente. Conforme al Anteproyecto del Gobierno, se decidirían privaciones de libertad de hasta 10 años con base en datos altamente inseguros: algo intolerable en el ámbito del Derecho penal.

El Derecho penal está familiarizado con la medición de la peligrosidad en las medidas de seguridad de internamiento psiquiátrico. Aquí el Juez ya sabe cuál es el objeto de la investigación: el trastorno del paciente, su efecto sobre su capacidad de convivir en libertad, la influencia del tratamiento sobre esos dos extremos, etc. Pero en la custodia de seguridad el objeto de análisis no está determinado. ¿Cómo se hace el pronóstico de si una persona, por ejemplo, volverá a esconder droga en su piso, volverá a meterse en una reyerta a la salida del estadio o volverá a cometer un robo callejero por el método del “tirón”? El Anteproyecto actúa aquí de espaldas al conocimiento científico.

5. Además, el sistema tiende ineludiblemente a la generación de falsos positivos, es decir: a decretar o prolongar custodias de seguridad en muchos más casos de los inicialmente previstos.

Póngase usted ahora en la piel del Juez que debe valorar si existe o no “probabilidad de futura comisión de otro delito”, y decidir si decreta una custodia de seguridad. Las opciones son dos: considerar que sí hay tal pronóstico o que no. Y en cada una de ellas hay dos posibilidades: acertar o fallar.

- Si usted concluye que no hay probabilidad de nuevo delito y no decreta la custodia de seguridad, es posible que el sujeto no delinca de nuevo... o que sí. Usted puede formular su pronóstico negativo de modo impecable y, pese a todo, es posible que el sujeto vuelva a delinquir (¡los pronósticos de conducta son muy poco seguros!). Y si eso ocurriese... ¿diría algo la prensa? ¿Apuntarían a su nombre las tertulias de los medios de comunicación amarillistas? ¿Afectaría a su promoción profesional?
- Si dice usted que sí hay esa probabilidad y decreta la custodia de seguridad, quizá acierte usted o quizá no. Pero si falla... nadie lo sabrá. Si falla, habrá alguien “no peligroso” (signifique eso lo que signifique) cumpliendo hasta 10 años de más en un centro de internamiento o una cárcel, pero como nadie lo sabrá, será imposible que se le reproche nada.

Es decir: hay dos opciones, pero sólo una le podría traer problemas como Juez: no decretar la custodia de seguridad. Quizá usted es una persona valiente e insobornable, y siempre va a tomar la decisión correcta. Pero no cabe duda de que el sistema estará orientado a que no lo haga.

IV

El Gobierno no puede ignorar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha tomado posición frente a estas manifestaciones del Derecho Penal de la Peligrosidad.

En el reciente caso James, Wells & Lee contra el Reino Unido (2012), el Tribunal rechazó por unanimidad estas condenas indeterminadas, supuestamente dirigidas a una vaga “protección de la ciudadanía”. Y en M. contra Alemania (2009) y Haidn contra Alemania (2011) declaró que el sistema alemán de custodia de seguridad contradecía el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y por ello Alemania debió reformarlo estructuralmente.

Este último dato es de capital importancia. El Gobierno español parece haber intentado copiar el derogado modelo alemán sin tomar en cuenta este pequeño detalle: que el modelo original es inconstitucional y contrario al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

V

La contestación al Anteproyecto del Gobierno es enorme entre los especialistas. Esta semana ha sido publicado el Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012, fruto de un Congreso celebrado los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013, en el que más de 100 penalistas nos hemos reunido para analizar el texto. La conclusión unánime es que este Anteproyecto debe ser muy profundamente reconsiderado por el Gobierno.

Pero esta impresión general se da sólo entre los especialistas, porque no ha habido el más mínimo debate público al respecto. Una involución del sistema penal tan grave como ésta se ha mantenido en todo momento bajo el radar, y eso le ha permitido ir avanzando poco a poco sin oposición ciudadana.

Por ello es urgente abrir los foros públicos a esta propuesta legislativa y debatir sobre ella. La opinión mayoritaria entre los expertos es clara y contundente: detengan la custodia de seguridad.

* * * * *

Derecho penal y seguridad vial

~Prof. Dr. José Zamy Vega Gutiérrez~

Acredit. Ayudante Doctor de Derecho Penal. Universidad de Alcalá. Socio de la FICP.

Tal parece que la siniestralidad vial se ha convertido en un fenómeno más que habitual en el tráfico rodado nicaragüense. En efecto, las cifras son alarmantes y lo más frustrante es que, pese a que la población clama por una mayor protección, no parece que haya un serio proceso de concienciación social para erradicar ciertas conductas que incrementan sustancialmente el peligro que de por sí existe en este ámbito.

Pero, entiendo que para comprender este fenómeno habría que plantear la cuestión de por qué la regulación actual, que establece fundamentalmente sanciones administrativas (v.gr., multas), no ha logrado tener el efecto preventivo deseado, esto es, evitar la lesión de bienes jurídicos esenciales como la vida o la integridad física de los ciudadanos. En este sentido, la realidad demuestra que la legislación administrativa en materia de seguridad vial es ineficaz, pues los participantes en carreras ilegales o los que conducen bajo los efectos de altas dosis de alcohol o drogas saben que mientras no causen muertes o lesiones su conducta temeraria no es jurídico-penalmente relevante y que las sanciones administrativas no son tan aflictivas como para privarse de realizar estos comportamientos.

Lo anterior sugiere que habrá que recurrir a una regulación más rigurosa, aunque garantista, que permita articular un sistema de protección integral en torno a la denominada “seguridad vial”, por lo que –en este ámbito– parece que la intervención del Derecho penal estaría plenamente justificada. Pero, ¿quiere esto decir que la legislación penal vigente se olvida de proteger la seguridad de los participantes en el tráfico?

Al respecto, hay que decir que si bien en nuestro sistema jurídico se perciben indicios de la existencia de un “Derecho penal de la circulación”, lo cierto es que sorprendentemente se trata de una regulación tímida, ambigua y desprovista de toda coherencia sistemática, ya que p. ej. la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas solo se castiga cuando se produce en el ámbito del transporte colectivo o vehículos pesados (art. 326 CP), como si en el ámbito privado dicha conducta no fuera potencialmente capaz de producir lesiones o muertes, aunque hay que reconocer que en un intento de salvar este contraste, el legislador castiga como agravante la muerte

producida por imprudencia temeraria bajo la influencia de bebidas alcohólicas (art. 141 párr. 2º CP), pero a la vez se olvida por completo de las lesiones ocasionadas en estas mismas circunstancias.

De esta forma, pues, podría decirse que –salvo el delito del art. 326 CP– el CP/2008 carece de un adecuado sistema de protección de la seguridad vial, pues se ha optado por una legislación desprovista de toda finalidad preventiva, en la medida en que al menos las conductas más temerarias y potencialmente lesivas para la vida o la integridad física solo se castigan penalmente cuando producen los resultados que precisamente se desean evitar. En consecuencia, parece que el camino más idóneo en esta materia sería el establecimiento de los denominados “delitos de peligro”, en virtud de los cuales se castiga al sujeto por la mera peligrosidad de su conducta (aunque no llegue a producir el resultado de lesiones o muertes); no obstante, también habrá que tener en cuenta que esta técnica legislativa está sujeta a importantes restricciones derivadas de los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado.

* * * * *

Estafa y Derecho penal económico

~Prof. Dr. José Zamy Vega Gutiérrez~

Acredit. Ayudante Doctor de Derecho Penal. Universidad de Alcalá. Socio de la FICP.

Aunque la estafa es el clásico delito patrimonial –históricamente configurado como el tipo base de las conductas defraudatorias– es muy frecuente que su aplicación sea invocada en ámbitos muy concretos de la delincuencia económica *strictu sensu*, pese a la dimensión supraindividual o colectiva del objeto de protección que subyace en las figuras delictivas que se enmarcan en el denominado Derecho penal económico.

Pero, ¿es correcta la aplicación del delito de estafa cuando el perjuicio recae sobre una colectividad más o menos difusa de personas, y en ámbitos muy concretos de la actividad económica? En los últimos años, hemos sido testigos del daño ocasionado al ahorrador-inversor mediante “negocios fraudulentos”, y en todos estos casos se invoca automáticamente el delito de estafa, precisamente porque el primer elemento que se percibe es la existencia de un perjuicio económico; no obstante, a pesar de la aparente simplicidad en la interpretación de este delito, podría afirmarse que la necesaria conexión (y peculiaridad) de los elementos que lo componen conlleva en muchos casos a enfrentar problemas de aplicación práctica, así p. ej., cuando hay que determinar si estamos frente a un dolo civil en la contratación (*dolus in contrahendo*), un dolo *subsequens* –asociado a un incumplimiento contractual– o frente a un dolo típico del delito de estafa.

Estas cuestiones no han sido suficientemente desarrolladas en la doctrina jurídico-penal nicaragüense, y tampoco suele reflexionarse sobre la relación entre el clásico delito de estafa y otros delitos económicos afines, pues al parecer en la práctica se asume –quizá inconscientemente– la perspectiva procesal-criminalística del delito económico, basada en la afirmación de que estas conductas constituyen puros delitos patrimoniales con complejidades probatorias (así, en Alemania, Maurach/Schroeder/Maiwald).

En tal sentido, a propósito del perjuicio económico causado a la congregación de las hermanas teresianas, se habla de la comisión de un delito de estafa agravada y otro de ofrecimiento fraudulento de activos de crédito, aunque los medios no especifican el régimen concursal que se pretende aplicar a los acusados, es decir, si se pide la acumulación material de las penas de los dos delitos o la aplicación de una sola pena

agravada. Así, es importante destacar –sin ánimo de prejuzgar el fondo del caso citado– que el ofrecimiento fraudulento de efectos de crédito (art. 264 CP) es un delito que por su configuración en el Derecho comparado siempre ha estado asociado al delito de estafa, v. gr., el § 264 a) del CP alemán que recoge la estafa en la inversión de capital (*Kapitalanlagebetrug*) o el nuevo art. 282 bis del CP español que castiga el delito de estafa de inversores, aunque ciertamente la doctrina germana y española han admitido que en realidad no estamos frente a una estafa propiamente dicha, ya que en principio no es indispensable la causación de perjuicio alguno.

Es muy probable que al hilo de esta observación, el legislador nicaragüense haya optado por introducir un *nomen iuris* poco identificable con la estafa, pese a que este delito exige que la información falsa sea idónea para causar perjuicios a terceros. Ahora bien, aunque no es posible desarrollar aquí el tratamiento concursal que a nuestro juicio debe dársele a estos tipos penales, entiendo que si el ofrecimiento fraudulento de efectos de crédito se identifica con el primer elemento de la estafa (el engaño), que a su vez motiva el error, el acto de disposición patrimonial y el perjuicio económico, entonces habría que admitir la existencia de un concurso de leyes (y no de delitos), lo que conllevaría a la aplicación de un solo delito, con la exclusión del otro.

* * * * *

Breves consideraciones sobre la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa tras la reforma del Código Penal por la LO 15/2003, de 25 de noviembre¹

~Sr. D. Alfonso Allué Fuentes~

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Socio de la FICP.

Cuestiones generales

I.- A la luz de la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de Noviembre, cabe considerar que, en principio, la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multa impuesta por delito habrá de cumplirse mediante pena privativa de libertad, pues tal es su naturaleza conforme al art. 35 del Código Penal (CP), y ello aun cuando su duración sea inferior a tres meses.

Siendo, pues, una pena privativa de libertad, la ejecución de la responsabilidad personal subsidiaria habrá de respetar los principios generales aplicables a este tipo de penas: así, entre otros, habrá de cumplirse ininterrumpidamente en Centro Penitenciario (salvo que se acuerde la suspensión o el cumplimiento mediante trabajos en beneficio de la comunidad o la responsabilidad personal subsidiaria se cumpla mediante la pena de localización permanente); serán de aplicación las disposiciones de la legislación penitenciaria; podrá refundirse con otras penas privativas de libertad y el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente le será abonable. Desde luego, ha de admitirse la posibilidad de acordar la suspensión de la misma conforme al art. 80 y siguientes CP.

II.- Sin perjuicio de lo dicho, el nuevo texto ofrece dos alternativas para neutralizar la privación de libertad en Centro Penitenciario en caso de responsabilidad personal subsidiaria: con la conformidad del penado podrá el Juez acordar que la responsabilidad subsidiaria (tanto para la multa por cuotas como para la multa proporcional) se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad y, en los supuestos de multas impuestas por faltas, mediante la nueva pena de localización permanente.

¹ Comunicación presentada en el XVI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, celebrado los días 6 y 7 de junio de 2013.

III.- Para la responsabilidad personal subsidiaria derivada de impago de multas impuestas por faltas también habrá de admitirse la posibilidad de cumplimiento mediante trabajos en beneficio de la comunidad, a la vista del carácter omnicomprendido del párrafo 2º del art. 53.1 CP.

Pese a que el cumplimiento en régimen de localización permanente de la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multas impuestas por faltas se prevé simplemente como posibilidad, siendo también admisible su cumplimiento en Centro Penitenciario, aquella será la regla general y ésta la excepción, únicamente aplicable por causas debidamente justificadas.

IV.- Una interpretación sistemática y teleológica del art. 53 en relación con el art. 36.1 y con el art. 71.2 CP lleva al principio general de no imposición de penas de prisión inferiores a tres meses de duración. Por ello, en los supuestos en los que la responsabilidad personal subsidiaria resultante fuese inferior a tres meses y no se hubiera impuesto conjuntamente una pena de prisión superior a tres meses -salvo que se opte por la suspensión de la ejecución-, se abren dos posibilidades interpretativas: 1ª. Ofrecer al reo imperativamente la posibilidad de cumplimiento mediante trabajos en beneficio de la comunidad, de suerte que si el reo no prestase su consentimiento, la responsabilidad personal subsidiaria podría ejecutarse como pena privativa de libertad pese a ser inferior a tres meses, quedando en este supuesto exceptuada la regla general [la de no imposición de pena privativa de libertad inferior a 3 meses]; y 2ª. Entender que en la práctica no se realiza dicho ofrecimiento imperativo y que el mismo queda excluido por cuanto el límite de 3 meses opera únicamente a efectos de la pena de prisión y no para la responsabilidad personal subsidiaria, a la cual el art. 35 CP, aun considerándola como pena privativa de libertad, no identifica como una pena de prisión. Según esta interpretación, el límite del art. 71.2 CP no se puede activar respecto de la responsabilidad personal subsidiaria, porque de lo contrario ésta no sería operativa. El límite de los 3 meses es exclusivo de la pena de prisión, sin perjuicio de que sea recomendable en casos de responsabilidad personal subsidiaria de corta duración (inferiores a 3 meses) acordar su cumplimiento mediante trabajos en beneficio de la comunidad para evitar la victimización secundaria del penado.

V.- El trabajo en beneficio de la comunidad asume, pues, un protagonismo principal como alternativa a la privación de libertad sustitutiva de la multa. Puede decirse que es la alternativa natural: si la multa pretende reducir los bienes del penado,

que normalmente serán los que obtenga como rendimiento de su trabajo, igual efecto se consigue mediante la prestación de un trabajo que ya de antemano no resulta remunerado.

Ahora bien, la nueva configuración de los trabajos en beneficio de la comunidad como pena principal alternativa y la necesidad de contar con el consentimiento del penado para su imposición plantea la exigencia de obtener tal consentimiento antes del dictado de la sentencia (y en su caso, antes de dictar la resolución que acuerde que la responsabilidad personal subsidiaria se cumpla a través de trabajos en beneficio de la comunidad)

La inexistencia de una previsión procesal *ad hoc* habrá de ser subsanada a través de una actividad prospectiva tendente a averiguar la disposición del acusado y eventualmente penado.

En los supuestos de conformidad, si la misma recae sobre una pena de trabajos en beneficio de la comunidad, habrá de hacerse constar simultáneamente en acta el consentimiento del penado en relación con la ejecución de los mismos.

En otro caso, o bien el órgano de enjuiciamiento interroga al acusado (al inicio de su declaración o en fase de última palabra) sobre si en caso de una eventual sentencia condenatoria presta el consentimiento para la ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad –permitiéndole asimismo consultar al respecto con su Abogado defensor– o bien el Ministerio Fiscal, cuando considere procedente solicitar pena principal de trabajos en beneficio de la comunidad, antes de elevar las conclusiones a definitivas o antes de interesar sentencia condenatoria en el juicio de faltas, habrá de solicitar del Juez o Tribunal que interroge al acusado o denunciado acerca de dicho extremo.

En los supuestos de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria, dicho consentimiento puede obtenerse de diversas formas. No ha de olvidarse que la posibilidad de cumplir dicha responsabilidad mediante trabajos en beneficio de la comunidad, conforme dispone el art. 53 CP, es una facultad discrecional del Juzgador. Desde esta perspectiva, dicho consentimiento podrá obtenerse mediante comparecencia previa del penado en el órgano jurisdiccional, o bien en una comparecencia integral para decidir si la responsabilidad personal subsidiaria ha de cumplirse mediante trabajos en

beneficio de la comunidad, o procede la suspensión de la ejecución mediante trabajos en beneficio de la comunidad².

VI.- El precepto (art. 53.1, pár. 2º CP) prevé el módulo de conversión para el trabajo en beneficio de la comunidad: cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo y, aunque no existe expresa previsión del módulo de conversión de la localización permanente alternativa, habrá de entenderse también que cada día de privación de libertad equivaldrá a uno de localización permanente.

VII.- La localización permanente queda reservada para el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria impuesta por faltas. El tenor del art. 53 deja escaso margen interpretativo, pese a que la STC 19/1988, de 16 de Febrero, al analizar la constitucionalidad del anterior arresto sustitutorio, postuló "la posibilidad de elegir fórmulas de restricción de la libertad que encajen mejor con el sentido general del precepto y con una interpretación del mismo favorecedora de las menores restricciones de la libertad individual, lo que sucede muy en particular con el arresto domiciliario".

En coherencia con dicha doctrina, sería conveniente agotar todas las actuaciones precisas para hacer excusión de los bienes del penado antes de aplicar la responsabilidad personal subsidiaria, en vista de la importancia de este aspecto de dicha responsabilidad desde una perspectiva constitucional, subrayando la conclusión de que no es opcional para el reo elegir, frente al pago de la multa, la pena privativa de libertad.

Cálculo de la responsabilidad personal subsidiaria

VIII.- El cálculo es en principio sencillo: habrá de imponerse, en el caso de días-multa, un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

IX.- Pueden plantearse supuestos-límite, a los que se dará la siguiente solución: en caso de que el número de cuotas diarias impagadas fuese impar, en una interpretación pro reo, habrá de excluirse la sobrante del total de cuotas no satisfechas y no ser tenida en cuenta.

X.- Por su parte, en supuestos de impagos parciales, la cantidad pagada deberá detrarse de la cantidad total de la pena de multa impuesta, y sobre la cantidad que

2. Acerca de la posibilidad de decidir sobre este particular en comparecencia integral, véase DE LA FUENTE HONRUBIA, F.: "Hacia la optimización procesal de la ejecución penal: Resultados del proyecto de sesiones incidentales de ejecución de los Juzgados de lo Penal de Cartagena", Boletín Comisión Penal Jueces para la Democracia, diciembre 2012, pp. 30 y ss.

definitivamente reste por abonar se establecerá la responsabilidad personal subsidiaria correspondiente.

XI.- El art. 53.2 CP establece como límite expreso para la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa proporcional el de un año. Este límite operará en general para la responsabilidad personal subsidiaria por impago de días-multa, si bien en este caso el año deberá entenderse integrado por 360 días. En efecto, conforme al art. 50.3 CP, la extensión máxima de la multa es de dos años y por su parte, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 50.4 a efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de 30 días y los años de 360. Esta regla general habrá de entenderse excepcionada cuando, conforme al art. 70.3.9ª CP, se imponga la pena superior excediendo del límite máximo fijado, supuesto en el que pudiendo alcanzar la pena de multa los 30 meses, la responsabilidad personal subsidiaria podrá eventualmente alcanzar hasta 450 días.

XII.- El incumplimiento de la multa cuando se impone como sustitutiva de la prisión no implicará responsabilidad personal subsidiaria, sino revocación del beneficio concedido y cumplimiento de la pena de prisión sustituida con los descuentos que correspondan si hubo pagos parciales (art. 88.2 CP).

Criterios de conversión de la multa proporcional en responsabilidad personal subsidiaria

XIII.- En los supuestos de multa proporcional, tanto el texto originario como el reformado por la LO 15/2003 establecen que los Jueces y Tribunales establecerán la responsabilidad personal subsidiaria "según su prudente arbitrio".

Este prudente arbitrio no puede en ningún caso confundirse con arbitrariedad y deberá estar siempre presidido por el canon de la proporcionalidad.

Este canon de proporcionalidad es reiteradamente exigido por la jurisprudencia del TS (vid. STS 1761/2001, de 19 de Diciembre) y del TC (STC 19/1988, de 16 de Febrero), e incluso cabe recordar que la STS 1892/2000, de 11 de Diciembre, aporta como pauta para calibrar la proporcionalidad los parámetros establecidos para los días-multa, ya que el criterio de proporcionalidad previsto para los días-multa no puede diferir del que rija para la multa proporcional, pues la proporcionalidad del arresto

sustitutorio con la multa no depende en modo alguno de la forma en la que se individualice la pena de multa.

Límites a su imposición

XIV.- Tras la reforma, se eleva el límite a partir del cual deja de operar la responsabilidad personal subsidiaria: ahora esta responsabilidad pasa a ser incompatible con la pena privativa de libertad superior a cinco años.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha de interpretarse esta cláusula *pro reo* con amplitud, en el sentido de que a los efectos del cálculo de dicho límite deben incluirse las penas impuestas por otros delitos en la misma sentencia (STS 1419/2003, de 31 de Octubre).

XV.- Tampoco procederá imponer la responsabilidad personal subsidiaria cuando la pena privativa de libertad impuesta coincide exactamente con el límite legal, pues si atendemos al espíritu y finalidad de la norma que, conforme al principio de proporcionalidad, pretende imponer determinados límites a las penas privativas de libertad, impidiendo que éstas se prolonguen más allá de lo debido en función de una cuestión accesorias como es la responsabilidad personal subsidiaria derivada de la multa, observamos que el legislador, en uso de su voluntad soberana, ha situado dicho límite precisamente en cuatro años [actualmente 5 años], y dicha finalidad se frustraría si, a través de una interpretación literal y formal, el condenado acabase cumpliendo una pena privativa de libertad superior al límite legal de cuatro años [cinco años], precisamente por la acumulación de la responsabilidad subsidiaria a la pena inicialmente impuesta (STS 872/1993, de 13 de Abril; SSTS 1419/2003, de 31 de Octubre, 1685/2000, de 31 de Octubre, 803/2000, de 16 de Mayo, 1419/2003, de 31 de Octubre, 886/1993, de 14 de Abril, 119/1994, de 01 de Febrero, y 629/1996, de 26 de Septiembre).

XVI.- Cuando la pena privativa de libertad no alcance los cinco años, si existe responsabilidad personal subsidiaria por una pena de multa, dicha responsabilidad personal subsidiaria no podrá rebasar nunca, junto a la referida pena de prisión, los cinco años porque, en otro caso, se conduciría al absurdo de ser de mejor condición el condenado a pena de 5 años y 1 día que el que lo fue a pena, por ejemplo, de 4 años y 11 meses, sin responsabilidad personal subsidiaria aquella y con una posible responsabilidad personal subsidiaria ésta que pudiera exceder en su cómputo de los 5 años y 1 día, lo que vulneraría el principio de culpabilidad al resultar más sancionado de

modo efectivo quien ha cometido un ilícito de inferior gravedad (*vid.* en este sentido, entre otras, SSTS 803/2000, de 16 de Mayo, 976/2002, de 24 de Mayo, y 1685/2000, de 31 de Octubre).

Aplicación de oficio

XVII.- En el ámbito del procedimiento penal, concretamente en trámite de preparación del juicio oral, el escrito de calificación que presente el Ministerio Fiscal incorporará la correspondiente solicitud de responsabilidad personal subsidiaria tanto cuando se interese la multa proporcional como cuando la pena se fije en días-multa.

Obviamente, no se interesará responsabilidad personal subsidiaria cuando se solicita una pena privativa de libertad superior al límite del art. 53.3 CP. En estos supuestos, si el Tribunal impone pena inferior a dicho límite estará obligado, de oficio, a imponer la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, sin que pueda omitir tal pronunciamiento en base al principio acusatorio. En este sentido se pronuncian las SSTS 271/1998, de 20 febrero y 2060/2002, de 4 diciembre. Esta última sentencia declara que "...aduce la sentencia impugnada que su imposición vulneraría el principio acusatorio porque no fue instada por la acusación pública, argumentación errónea, pues además que su imposición es obligatoria por el Código, la acusación solicitó una pena privativa de libertad, de cuatro años y seis meses, incompatible con la responsabilidad personal subsidiaria".

XVIII.- En este punto puede plantearse, en fase de ejecución, qué sucede cuando el Juez o Tribunal no ha establecido en sentencia la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa proporcional y esta omisión no es recurrida por el Ministerio Fiscal, singularmente en aquellos casos en que no se ha acreditado el valor sobre el que ha de venir impuesta (por ejemplo, si no se menciona el valor de la droga en delitos contra la salud pública). Si en estos supuestos tampoco el Fiscal ha fijado la responsabilidad personal subsidiaria, ¿puede el órgano sentenciador fijarla *motu proprio* y según su arbitrio?

Para resolver esta cuestión podemos atender al criterio establecido por el Tribunal Supremo en **STS 1170, de 24 de Noviembre de 2006**, en la cual, tras recordar la dicción del art. 377 del Código Penal, recuerda "la consolidada doctrina de esta Sala que tiene declarado presupuesto indispensable, para la imposición de la pena de multa, la determinación del valor de la droga, de suerte que si no consta tal dato en los hechos

probados, no procederá la imposición de la pena de multa, al no existir en el vigente Código Penal un límite mínimo a la multa como sanción pecuniaria por el delito”.

“La determinación del valor de la droga como hecho declarado probado en la sentencia es un elemento imprescindible para la cuantificación de la pena de multa, hasta el extremo de que debe prescindirse de esta pena en el caso de que tal valor no haya sido determinado y tampoco se hayan hecho constar los elementos fácticos que permitirían acudir a las previsiones del artículo 377 del Código Penal”.

Complementa esta resolución la **STS 135, de 06 de Marzo de 2008**, según la cual “la determinación de la pena pecuniaria es proporcional al objeto del tráfico, y en su determinación se tendrá en cuenta el precio final o las ganancias que esperan obtenerse. De ahí la necesidad que en las instrucciones de las causas por estos delitos se practiquen **periciales** que informen sobre su valor en el mercado atendiendo las sucesivas mezclas que sobre el objeto del delito se puedan realizar, aumentando, consecuentemente, su valor y las expectativas económicas del hecho delictivo”.

Sobre esta base, argumenta la sentencia que “en algunos precedentes, ante la ausencia de una pericial sobre el valor de la droga hemos optado por no imponer la pena pecuniaria, pero en este caso sí disponemos del precio de la recompensa, uno de los presupuestos para la determinación de la pena pecuniaria, por lo que a ese criterio ha de estarse”.

“Este valor forma parte de los beneficios que pensaban obtenerse por lo que, ante la ausencia de otras periciales, y favoreciendo al reo, sirve de presupuesto para la determinación de la pena de multa”.

Suspensión de la responsabilidad personal subsidiaria

XIX.- Como autoriza el art. 80 CP, es posible suspender la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a 2 años, no reservando la dicción legal este beneficio únicamente a la pena de prisión, por lo que el mismo puede extenderse a la responsabilidad personal subsidiaria en cuanto participa de la naturaleza de pena privativa de libertad (art. 35).

El plazo suspensorio será de 2 a 5 años para penas inferiores a 2 años, y de 3 meses a 1 año para penas leves. Sobre esta base, y sin perjuicio de que deban concurrir los requisitos previstos en el Código, la responsabilidad personal subsidiaria puede

suspenderse durante 3 meses a 1 año si la pena de multa a la que sustituye es leve (multa de 10 días a 2 meses), o durante 2 a 5 años en otro caso.

Por otra parte, cabe plantearse qué sucede cuando la pena de multa originariamente impuesta es grave pero el condenado ha satisfecho pagos parciales que, por su duración, convierten el resto de aquélla (impagado) en pena leve. En tal supuesto es posible interpretar que la pena se puede suspender durante 3 meses a 1 año, puesto que la responsabilidad personal subsidiaria opera sobre la parte de multa impagada. Ahora bien, esta interpretación deja de operar si se entiende que la previsión suspensoria recae sobre la pena originaria, de suerte que será su naturaleza – la de pena grave o leve – la que determine uno u otro plazo de suspensión.

XX.- Para el caso de que en una misma sentencia concurren una pena de prisión y una responsabilidad personal subsidiaria, nada parece impedir que en el plazo de suspensión acordado, en su caso, para la primera pueda incluirse el de la segunda.

Prescripción de la responsabilidad personal subsidiaria

XXI.- El art. 33.5 CP califica la responsabilidad personal subsidiaria como pena menos grave o leve, según sea a su vez la naturaleza de la pena sustituida.

En el art. 33.3 i), j) CP las penas de multa inferiores a 2 meses y multa proporcional tienen la consideración de penas menos graves.

Según el art. 33.4 f) CP, la pena de multa de 10 días a 2 meses es una pena leve.

Sobre estas bases, y siguiendo lo dispuesto en el art. 133.1, la responsabilidad personal subsidiaria prescribe a los 5 años si sustituye a penas menos graves y al año si sustituye a pena leve.

¿Es posible la sustitución de la responsabilidad personal subsidiaria?

XXII.- Como se ha indicado, el art. 35 otorga a la responsabilidad personal subsidiaria la naturaleza de pena privativa de libertad, si bien no la equipara a la pena de prisión sino que es independiente de ésta, a modo de categoría autónoma.

Por su parte, el Código opta por la rúbrica general “De la sustitución de las penas privativas de libertad” para seguidamente, en el art. 88, limitar en su redacción dicho beneficio sustitutorio a las penas de prisión. Es decir: ni contempla expresamente la posibilidad de sustituir la responsabilidad personal subsidiaria (= pena privativa de

libertad) por multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente, ni contiene una dicción que deje abierta dicha posibilidad, como resultaría si en lugar de referirse a la pena de prisión lo hiciera, en general, a la pena privativa de libertad, en cuyo caso sí cabría entender sustituible la responsabilidad personal subsidiaria.

* * * * *

2. Estudios

Consentimiento presunto y autorización oficial: exclusión de la antijuridicidad o de la tipicidad y requisitos respectivos*

~Prof. Dr. Dr. h. c. Diego-Manuel Luzón Peña~

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alcalá, Madrid (España).

Presidente de honor de la FICP**

Resumen: El consentimiento presunto y la autorización oficial son circunstancias eximentes que, según los tipos de delitos o las circunstancias concurrentes, pueden excluir toda la antijuridicidad o ilicitud, en cuyo caso pueden ser causas de justificación o incluso de atipicidad por faltar de entrada toda relevancia jurídica, o pueden excluir sólo la tipicidad penal, la ilicitud penal, pero dejando subsistente la ilicitud extrapenal. Según la clase de eximente que constituyan, varían sus requisitos, que son más exigentes para la exclusión total de la antijuridicidad. En la autorización oficial, si excluye toda la antijuridicidad, sí se produce la llamada accesoriadad administrativa del Derecho penal, es decir que los requisitos del Derecho penal son accesorios respecto de los del Derecho administrativo; pero ello no se produce en la autorización oficial excluyente meramente de la tipicidad penal o ilícito penal. Distinta de la autorización oficial con eficacia eximente es la mera tolerancia oficial o la simple susceptibilidad de autorización, que no pueden eximir.

Palabras clave: consentimiento presunto; autorización oficial; ¿accesoriadad administrativa del Derecho penal?; eximentes; justificación o exclusión de la tipicidad

I. Introducción

En la eximente, mucho más tratada, del consentimiento (real), frente a las usuales posiciones sobre su ubicación sistemática, o bien monistas –las más antiguas que lo consideran causa de justificación o las más modernas que sostienen que es siempre causa de atipicidad– o bien las dualistas quizás mayoritarias, he sostenido en otros

* El trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación DER2011-24011, que dirijo en la Univ. de Alcalá, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (antes Ciencia e Innovación) del Gobierno de España, Subdirección Gral. de Proyectos e Investigación.. Los arts. sin indicación del texto legal corresponden al actual CP español de 1995.

** Fundación Internacional de Ciencias Penales (www.ficp.es).

trabajos¹ una posición tripartita, según la cual el consentimiento ciertamente en unos supuestos excluye sólo la tipicidad penal y en otros excluye (toda) la antijuridicidad y sus requisitos son consecuentemente distintos, pero dentro del consentimiento excluyente de la antijuridicidad debe distinguirse a su vez el que supone una causa de atipicidad por falta de entrada de toda relevancia jurídica y el consentimiento que sólo constituye una causa de justificación de una conducta en principio típicamente relevante. Pues bien, a continuación veremos cómo exactamente igual sucede en las eximentes, estrechamente relacionadas con el consentimiento real, del consentimiento presunto² y la autorización oficial.

II. Consentimiento presunto. Concepto. Admisibilidad y autonomía o no del consentimiento presunto

“Consentimiento presunto” significa en general que ante la falta de una manifestación de voluntad del afectado –que no puede hacerlo porque está p. ej. ausente o inconsciente– y a pesar de ello se presume su consentimiento no sólo por el sujeto activo, sino también jurídicamente (judicialmente)³; tal presunción se basa en una creencia racional, razonable, objetivamente fundada *ex ante* de que es muy probable, lo más probable, que el titular del bien jurídico consentiría si estuviera presente y consciente. O, como lo formuló MEZGER, se trata de un juicio de probabilidad que expresa que el afectado o sujeto pasivo, si hubiera poseído un completo conocimiento de la situación, desde su punto de vista personal habría consentido en la acción⁴. En esta situación dicho consentimiento presunto es según la doc. dom. eficaz como eximente, aunque se discute su naturaleza.

Un sector minoritario (en la doc. española) no admite el consentimiento presunto como eximente autónoma⁵, por considerar que es innecesaria porque la gran mayoría de

¹ Cfr. LUZÓN PEÑA, RGDP 18, 2012, 1 ss.; Lecciones DP, PG, 2.ª, Valencia, Tirant, 2012, 22/59 ss.

² Cfr. respecto del consentimiento presunto ya en LUZÓN PEÑA, GA 2006-5: Festgabe f. Roxin, 319, 321 ss.; tb. en: Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal (dir. Vieira), CDJ 2006-7, 370 s.; en: El Derecho Penal del siglo XXI (dir. S. Mir Puig), CDJ, 2007-8, 438 ss.; RGDP 9, 2008, 23 ss.

³ Así MEZGER, Strafrecht, 3.ª ed., 1949, § 29, 219 s., 220 n. 3; ROXIN, AT I, 4.ª, 2006 [PG I, 1997], § 18/4; LUZÓN PEÑA, Caso fortuito y creencia razonable, CDJ 2007-8 (El DP del s. XXI), 447; tb. en RGDP 2008-9, 30.

⁴ MEZGER, Strafrecht, 3.ª, 1949, § 28, 208 s.

⁵ Cfr. ANTÓN ONECA, DP I, Madrid, 1949, 262 (estado de necesidad y no consentimiento presunto cuando hay voluntad expresa contraria del titular, pero en 261 sí admite el consentimiento presunto cuando la presunción coincide con la voluntad del titular), 642 s.; ROMEO CASABONA, El médico y el DP, I, 1981,

los supuestos encajan ya en el estado de necesidad o en el ejercicio legítimo del derecho⁶, y que los restantes supuestos son intrascendentes y no compensa su admisión como eximente por los posibles abusos y riesgos para la seguridad jurídica que ello implicaría⁷. También en la doc. alemana existe la posición que lo incluye como una subespecie del estado de necesidad y la que lo considera como una forma de la figura civilista de la gestión de negocios sin mandato⁸.

La doctrina dominante sí admite su eficacia como eximente, aunque se divide entre quienes lo consideran una simple clase o subespecie del consentimiento, junto con el consentimiento expreso y el tácito⁹, y quienes defienden su naturaleza de eximente autónoma¹⁰, muy similar al consentimiento, pero distinto de éste. Parece más correcta esta última posición, ya que no todos los casos de consentimiento presunto encajan en el estado de necesidad y el ejercicio del derecho es demasiado genérico e impreciso, y el fundamento último de la exención es sustancialmente la misma razón por la que se

366; El consentimiento en las lesiones en el P de CP de 1980, CPC 1982, (263 ss.), 278 ; CEREZO MIR, Curso PG, II, 6.ª, 1998, 347; PG, 2008, 668 s.; COBO/VIVES, DP, PG, 5.ª, Valencia Tirant, 1999, 499 s. (con fundamentación distinta de los anteriores: o la presunción se confirma y hay consentimiento real, o no se confirma y es un caso de error).

⁶ Así ANTÓN ONECA, ROMEO o CEREZO cits. en nota anterior; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, DP, PG, 8.ª, 2010, 344 s., sí admiten tal consentimiento que denominan tácito, pero advierten que muchos de sus casos pueden ampararse en estado de necesidad.

⁷ Así CEREZO MIR, Curso PG, II, 6.ª, 1998, 347; PG, 2008, 669.

⁸ Como subcaso del estado de necesidad e interés preponderante p. ej. WELZEL, Lehrbuch (Strafrecht), 11.ª 1969, 92; BOCKELMANN, Strafrecht AT, 2.ª, 1975, 105 s.; SCHMIDHÄUSER, Strafrecht AT Lb, 2.ª 1975, 317; AT StB, 2ª, 6/86 ss. Sobre la consideración como gestión de negocios sin mandato, que sostenían p. ej. ZITELMANN, AcP 99 1906, 104, o AHRENS, Geschäftsführung ohne Auftrag, 1929, 29 ss., cfr. JESCHECK, Lehrbuch AT, 4ª, 1988 [Tratado DP, PG, 3.ª, 1981], § 34 VII 2; más modernamente JAKOBS, AT, 2ª, 1991 (PG, 2.ª, 1997), 15/17, combina la gestión de negocios sin mandato con criterios del estado de necesidad y del consentimiento. Es notable la posición de ROXIN, que sostiene (AT I, 4.ª, 2006 [PG I, 1997], § 13/12 ss.) que el consentimiento es causa de exclusión ya de la tipicidad, pero considera (AT I, 4ª, 2006, § 18/1 ss., 31 ss., 49 ss.; PG I, 1997, § 18/1 ss., 32 ss., 49 ss.) que el consentimiento presunto es una causa de justificación basada en el riesgo permitido como la causa de justificación de la salvaguarda de intereses legítimos en la libertad de expresión o la de la libertad del arte.

⁹ Cfr. MEZGER, Strafrecht, 3.ª, 1949, § 28, 218 ss.; ANTÓN ONECA, DP I, Madrid, 1949, 261, admite el consentimiento presunto dentro del consentimiento cuando la presunción coincide con la voluntad del titular; SAINZ CANTERO, Lecciones DP, PG, 3.ª, Barcelona, 1990, 579; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, DP, PG, 8.ª, 2010, 344 s., aunque denominándolo consentimiento tácito y matizando que muchos de sus casos pueden ampararse en estado de necesidad.

¹⁰ Así WELZEL, Lehrbuch (Strafrecht), 11.ª 1969, 92 s.; JESCHECK, AT, 4ª, 1988 [PG, 3.ª 1981], § 34 VII 1; JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch AT, 5ª, 1996 [PG, 5.ª, 2002], § 34 VII 1; MAURACH/ZIPF, Strafrecht AT I, 8.ª, Heidelberg, Müller, 1992 [DP, PG 1, 7.ª, B. Aires, Astrea, 1994], § 28/4 ss.; BACIGALUPO, Principios, 5.ª, 1998, 211 ss.; ROXIN, AT I, 4ª, 2006, § 18/1 ss., 31 ss., 49 ss.; PG I, 1997, § 18/1 ss., 32 ss., 49 ss., causa de justificación basada en el riesgo permitido; siguiendo a Roxin CUELLO CONTRERAS, PG I, 3.ª 2002, IX, 23; RÖNNAU, LK, 12.ª, II, 2006, 214 antes del § 32 (con más citas en n. 869), que la basa con la doc. mayor. en Derecho consuetudinario; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/ STERNBERG-LIEBEN, StGB, 28.ª, 2010, 54 antes del § 32.

otorga en ciertos delitos eficacia al consentimiento pese a la lesión del bien jurídico; pero ha de ser una eximente autónoma, ya que realmente no hay consentimiento real manifestado, sino sólo una presunción del mismo, lo que implica peculiaridades y diferencias respecto del consentimiento real.

III. Ubicación sistemática (naturaleza) del consentimiento presunto: exclusión de la antijuridicidad (justificación o incluso atipicidad) o exclusión de la tipicidad penal

1. Posiciones doctrinales

Las opiniones, aparte de las ya rechazadas como son la que considera el consentimiento presunto como subespecie del estado de necesidad y la que lo considera como una forma de la figura civilista de la gestión de negocios sin mandato, se dividen entre la concepción del mismo como descubrimiento de la voluntad real del titular del bien jurídico, o sea de su equiparación con el consentimiento, y la de la presunción de la voluntad como forma de riesgo permitido; y ambas concepciones a su vez pueden tener como consecuencia su posible interpretación como causa de justificación o de atipicidad, dado que, como hemos visto, tal división de interpretaciones se da tanto sobre la naturaleza del consentimiento como sobre la del riesgo permitido¹¹.

2. Posición propia; tripartición: el consentimiento presunto unas veces como causa de exclusión de la antijuridicidad: de justificación o incluso de atipicidad por falta de relevancia jurídica, y otras como causa de exclusión sólo de la tipicidad penal

Por mi parte desde 2006 vengo sosteniendo una posición de entrada bipartita (que en uno de sus términos se subdivide y resulta por ello tripartita) sobre la naturaleza jurídica y ubicación sistemática del consentimiento presunto: será una causa de *exclusión de la antijuridicidad* –basada muchas veces sólo en la falta de desvalor de acción, aunque a veces también en la falta de desvalor del resultado– cuando se trate una presunción de un consentimiento excluyente de toda la antijuridicidad (causa de justificación o incluso causa ya atipicidad por falta de toda relevancia jurídica), pero

¹¹ Cfr. sobre las diversas posiciones JESCHECK, Lehrbuch AT, 4ª, 1988, § 34 VII; ROXIN, AT I, 4.ª, 2006 [PG I, 1997], § 18/3 ss.

sólo es una *causa de exclusión de la tipicidad penal* cuando la presunción se refiera a un consentimiento real excluyente a su vez sólo de la tipicidad penal¹².

Hay que precisar que cuando excluya la antijuridicidad, normalmente el consentimiento presunto será *causa de justificación* y no de atipicidad, porque al faltar el consentimiento real, aquí no se darán los casos de ausencia de lesión del bien jurídico¹³. Pero en algunos supuestos de conductas de consentimiento presunto absolutamente cotidianas y normales (como p. ej. la que veremos *infra* IV 2 d de refugiarse de la lluvia entrando en el garaje abierto del amigo ausente) la falta de antijuridicidad irá unida a la adecuación social de la conducta y por ello tal consentimiento presunto será una *causa de atipicidad* por falta de entrada de toda relevancia jurídica. Por consiguiente, **en definitiva la clasificación de la naturaleza del consentimiento presunto es también tripartita.**

Veamos por qué. Cuando lo que se presume es un consentimiento real que si existiera sería jurídicamente válido plenamente y por ello excluiría toda la antijuridicidad, entonces la presunción excluye también la antijuridicidad (justificación o incluso atipicidad) *porque no hay desvalor de la acción*. En efecto, si lo probable, lo más probable y por eso se presume, es que haya un consentimiento que haría lícita, permitida la intromisión consentida, entonces no se infringe deber de cuidado alguno al actuar, ya que no hay un deber de evitar algo lícito, y por tanto se actúa dentro del riesgo permitido. Para estos grupos de casos de consentimiento presunto tiene razón, pues, la posición que sostiene que tal consentimiento presunto es un supuesto especial del riesgo permitido: normalmente causa de justificación, pero puede ser incluso de atipicidad si también hay adecuación social¹⁴.

¹² Cfr. ampliamente sobre esto y todo lo que sigue LUZÓN PEÑA, GA 2006-5: Festgabe f. Roxin, 319, 321 ss.; tb. en: Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal (dir. Vieira), CDJ 2006-7, 370 s.; en: El Derecho Penal del siglo XXI (dir. S. Mir Puig), CDJ, 2007-8, 438 ss.; RGDP 9, 2008, 23 ss.

¹³ Creo que esa es la razón, aunque no lo explique expresamente, por la que ROXIN, que considera el consentimiento (real) causa de atipicidad (ROXIN, AT I, 4ª, 2006 [PG I, 1997], § 13/12 ss.), califica en cambio el consentimiento presunto (AT I, 4ª, 2006 [PG I, 1997], § 18/1 ss.) como causa de justificación basada en el riesgo permitido.

¹⁴ A mi juicio, como sostengo desde hace tiempo, no sólo hay atipicidad por faltar ya un indicio de cualquier injusto o ilícito, penal y extrapenal, y por tanto por ausencia de entrada de toda relevancia jurídica de la conducta, en los casos de ausencia de afectación del bien jurídico, sino también en los de adecuación social y jurídica: v. LUZÓN PEÑA, en Luzón/Mir (coords.), Causas de justificación y de atipicidad en DP, 1995, 23 ss.; Causas de atipicidad, en Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 238-240; Curso DP, PG I, Madrid, 1996, 560 ss.; Lecciones PG, 2ª, 2012, 20/14-21.

Pero cuando lo que se presume es un consentimiento real que si existiera no sería eficaz como eximente pero no plenamente válido jurídicamente, es decir cuando se presume un consentimiento excluyente solamente de la tipicidad penal, p. ej. si, estando ausente el afectado, se presume la conformidad fáctica con la entrada de un tercero por parte de un morador pero no titular del derecho de admisión en la morada, o por parte del dueño de la morada que es un incapaz, o la conformidad de un menor de edad sin capacidad de obrar que consiente en una intromisión en su intimidad documental o informática o en que otro destruya o se apropie de una cosa suya, por mucho que tal presunción se base en una creencia razonable de lo que consentiría el morador fáctico o incapaz o el menor si estuvieran presentes, es imposible, porque sería una contradicción y un absurdo, que tal presunción excluya toda la antijuridicidad (no sólo la penal), pese a que no es absolutamente segura y puede acabar siendo errónea, cuando en cambio si hubiera consentimiento real de ese menor, incapaz o morador fáctico, éste excluirá sólo la tipicidad penal pero sigue siendo antijurídica extrapenalmente la conducta consentida y generando responsabilidad civil derivada de un ilícito¹⁵.

De modo paralelo a lo que en otros lugares hemos visto que sucede en el caso fortuito y el error objetivamente invencible cuando no excluyen toda la antijuridicidad sino sólo la tipicidad penal¹⁶, en estos supuestos de consentimiento presunto no se puede hablar de cumplimiento del deber de cuidado y por ello de riesgo permitido: en efecto, aunque al hacer un juicio de probabilidad razonable y objetivamente fundado ciertamente se esté observando el deber de previsión (el también llamado deber de cuidado interno), si lo que se está presumiendo es un consentimiento que sólo excluiría la tipicidad penal pero no la antijuridicidad y por tanto se está presumiendo que habría una conducta antijurídica, se está infringiendo el segundo aspecto del deber de cuidado (que un sector llama deber de cuidado externo), el deber de evitar o abstenerse de realizar una conducta antijurídica aunque no sea delictiva¹⁷.

¹⁵ Aquí se puede trazar un paralelismo con el ej. de WELZEL, Lehrbuch, 1969, 61, sobre lo absurdo que sería que el dolo sea elemento del injusto típico en tentativa y sostener en cambio que, si se da la consumación, deje de serlo y sea sólo elemento de la culpabilidad.

¹⁶ Cfr. LUZÓN PEÑA, GA 2006-5: Festgabe f. Roxin, 319, 322 s.; en: El Derecho Penal del siglo XXI (dir. S. Mir Puig), CDJ, 2007-8, 417 s., 427 ss.; RGDP 9, 2008, 10, 16 ss.; Lecciones PG, 2.ª, 2012, § 22/26, 35 ss.

¹⁷ Cfr. LUZÓN PEÑA, GA 2006-5: Festgabe f. Roxin, 319, 322 s.; en: El Derecho Penal del siglo XXI (dir. S. Mir Puig), CDJ, 2007-8, 448 ss.; RGDP 9, 2008, 31 s.; Lecciones PG, 2.ª, 2012, § 22/119, 122.

Por ello, lo único que puede excluir tal consentimiento presunto es la tipicidad penal de la conducta realizada con dicha presunción, exactamente igual que si hubiera consentimiento real, pero en el correspondiente consentimiento presunto por falta de la parte subjetiva jurídico-penalmente específica del tipo correspondiente.

El *fundamento de la exclusión de la antijuridicidad* en los casos en que el consentimiento presunto se refiere a un consentimiento de igual naturaleza es la permisión por riesgo permitido de lo que es muy probable que suponga el fundamento material del consentimiento: el interés preponderante del ordenamiento jurídico en salvaguardar la libre voluntad del sujeto pasivo pese a que se vea afectado un bien jurídico suyo disponible. Ante tal situación, cuando la creencia razonable y objetivamente fundada *ex ante* de lo que es más probable y por ello se puede presumir es que se dé esa situación en que el ordenamiento prefiere dar prioridad a lo que desea el sujeto pasivo sobre bienes jurídicos suyos disponible, lógicamente no hay ningún interés jurídico en evitar esa actuación y por tanto en prohibirla, por ello no se infringe ningún deber de evitación o abstención ni deber de cuidado alguno; al contrario, el ordenamiento está interesado en permitir en esos casos el máximo de libertad de actuación que lo más probable es que conduzca a resultados deseables. Estamos ante un supuesto específico de *riesgo permitido* concretado en el interés jurídico en permitir la actuación que presumiblemente va a estar consentida. Ello excluirá ya todo el desvalor de la acción, lo que es suficiente para que desaparezca el injusto, aunque luego la presunción objetivamente razonable *ex ante* resulte estar equivocada *ex post*. Pero en los casos en que la presunción resulte *a posteriori* ser acertada y el sujeto confirme que de haberlo sabido habría consentido (ratificación), no habrá tampoco desvalor del resultado¹⁸.

¹⁸ Ya por esta última razón es incorrecta la fundamentación que ROXIN, AT I, 4ª, 2006 [PG I, 1997], § 18/3, le da al consentimiento presunto, de que en el mismo “coliden la voluntad presumida por el agente y la voluntad real posiblemente opuesta del titular del bien jurídico, y dicha colisión es compensada porque el ordenamiento jurídico, conforme a criterios objetivos y diferenciados, fija una ‘voluntad presunta’”; esto no es exacto, puesto que en multitud de casos, seguramente en la mayoría (dado que la presunción es absolutamente razonable) la voluntad real del afectado coincidirá con la voluntad presumida y no habrá tal colisión. Pero incluso cuando si haya desvalor del resultado *ex post* y la presunción resulte equivocada, el fundamento no es la compensación de una colisión entre la voluntad presumida y la real, sino el interés jurídico en dar el máximo de libertad de actuación cuando lo más probable es que se produzca un consentimiento real en el que el ordenamiento a su vez considera interés preponderante la libertad de decisión del afectado sobre un bien disponible frente al posible interés en colisión que sería el de mantener la incolumidad del bien jurídico.

El *fundamento de la exclusión sólo de la tipicidad penal* en el segundo grupo de supuestos indicados es el siguiente¹⁹: En el aspecto material la fundamentación es que ciertamente, debido a la invencibilidad objetiva del error en una creencia absolutamente razonable de que habrá una conducta penalmente atípica, en tal clase de consentimiento presunto falta la específica parte subjetiva del tipo, el desvalor de la acción referido precisamente a un tipo penal; pero, como ya hemos visto, no necesariamente falta un desvalor de la acción general –imprudencia o incluso a veces dolo– referido a la subsistencia de otro injusto extrapenal. Y en el aspecto formal, tal consentimiento presunto tiene dicha naturaleza porque se trata precisamente de una presunción jurídica: por tanto, debido a una *presunción no de licitud, sino justamente sólo de exclusión de la tipicidad penal*, el consentimiento presunto es equiparado a esa eficacia limitada.

IV. Criterios de determinación y requisitos²⁰

Importa fijar los criterios para poder efectuar la presunción de consentimiento, fundamentalmente si debería tratarse de una presunción de lo razonable, de lo que harían la generalidad de sujetos en su interés en un caso así o si por el contrario hay que intentar averiguar la posible decisión del sujeto afectado concreto por irrazonable que sea; y hay que advertir que la fijación de tales criterios probablemente sea distinta según el tipo de decisiones de que se trate. Y se debe determinar además los requisitos que deberá tener tal consentimiento presunto para que tenga la misma eficacia que el real.

1. La razonabilidad o irrazonabilidad del consentimiento presumido

a) Para poder efectuar la presunción de consentimiento del afectado, el criterio a seguir es intentar determinar cuál sería probablemente su decisión si conociera las circunstancias y pudiera decidir, y no importa que lo presumible sea que se tratara de una decisión no razonable o incluso perjudicial para sus intereses. Por eso la doc. dom.²¹

¹⁹ Cfr. LUZÓN PEÑA, GA 2006-5: Festgabe f. Roxin, 319, 321-323; en: El Derecho Penal del siglo XXI (dir. S. Mir Puig), CDJ, 2007-8, 449 ss.; RGDP 9, 2008, 30 ss.; Lecciones PG, 2.^a, 2012, § 22/119 ss.

²⁰ Sobre lo que sigue cfr., aunque más esquemáticamente, LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 2.^a, 2012, § 22/123 ss.

²¹ Entre otros, MEZGER, Strafrecht, 3.^a, 1949, 219 s.; JESCHECK, AT, 4.^a, 1988 [PG, 3.^a 1981], § 34 VII 2; JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch AT, 5.^a, 1996 [PG, 5.^a, 2002], § 34 VII 2; HIRSCH, LK, 11.^a, antes del § 32/137; BOCKELMANN/VOLK, Strafrecht, AT, 4.^a, 1987, § 15 C II 2; STRATENWERTH, AT, 3.^a, nm. 397; 4.^a, 2000 [PG, 4.^a, 2005], § 9/40; RÖNNAU, LK, 12.^a, II, 2006, antes del § 32/214; ROXIN, AT I, 4.^a, 2006 [PG I, 1997], § 18/5; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, StGB, 28.^a, 2010, antes del § 32/54; LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 2.^a, 2012, § 22/124. En cambio, SCHMIDHÄUSER, AT, Lb, 2.^a 1975, 9/49, n.

considera decisiva la probabilidad de lo que presumiblemente habría querido el afectado, aunque sea algo no razonable y no en su interés objetivo, pues los criterios objetivo-generales de lo comúnmente razonable o normal no tienen significado autónomo, sino que sólo sirven para averiguar normalmente la hipotética voluntad individual.

Así p. ej. aunque en una casa en ese momento vacía se rompa una cañería o un grifo y se escape el agua y por eso sea razonable que algún vecino quiera entrar en aquélla a cortar el paso del agua, no obstante no cabe consentimiento si se sabe que el dueño, muy desconfiado, en un caso así que se produjo tiempo atrás no quiso autorizar la entrada (otra cuestión es que la entrada pudiera estar autorizada por estado de necesidad si se tratara de una casa de pisos y la fuga del agua amenazara con inundar los pisos inferiores).

Pero ciertamente en muchos casos el consentimiento presunto coincidirá en sus resultados con el estado de necesidad, porque frecuentemente el consentimiento presunto del afectado coincidirá con el resultado de una ponderación objetiva de intereses: si no se sabe nada sobre la concreta postura del dueño ante una emergencia así, para la presunción se puede partir de lo objetivamente razonable, o sea que consiente en que se entre en su casa para cortar el paso del agua.

Esta situación (de regla-excepción: lo razonable/pero a veces lo irrazonable) la desconocen, como señala con razón *Roxin*²², quienes sólo admiten el consentimiento presunto como subcaso de estado de necesidad y quienes sólo admiten resolver según una ponderación objetiva de intereses, pues si, cuando está presente el titular del bien jurídico y no hay estado de necesidad, su voluntad real es la única que puede legitimar la ingerencia, no se entiende por qué en su ausencia importa sólo la ponderación objetiva de intereses y no lo que presumiblemente querría aquél.

Por último, tampoco es correcto combinar, como se haría en la gestión de negocios sin mandato, estado de necesidad (ponderación de intereses, lo objetivamente razonable) y consentimiento (la voluntad subjetiva) y exigir una actuación en interés objetivo, pero también basada en la voluntad presunta del afectado. En efecto, si el afectado está conforme o incluso se alegra de la interferencia en sus bienes jurídicos

65; CUELLO CONTRERAS, PG I, 3.^a 2002, IX, 23, consideran predominante la situación objetiva de intereses, el interés al que se sirve sobre la voluntad presunta del titular del bien jurídico.

²² ROXIN, AT I, 4.^a, 2006 [PG I, 1997], § 18/6.

aunque le perjudique, el Estado no puede prohibir y menos criminalizar la conducta del sujeto activo, pues si el consentimiento real no deja de ser eficaz porque no sea razonable, tampoco puede dejar de ser eficaz el consentimiento presunto porque sea contrario al interés objetivo del afectado²³.

b) Ahora bien, ¿cómo se puede compaginar esto –la posible irrazonabilidad del consentimiento o decisión que se presume– con la idea de que el consentimiento presunto no es sino un caso más de *creencia objetivamente razonable* sobre la voluntad del afectado, creencia que puede ser acertada, pero a veces puede resultar errónea, igual que muchos supuestos de caso fortuito o en general los de error objetivamente invencible? Porque hay que **distinguir razonabilidad de la creencia o presunción de la razonabilidad o no del consentimiento**, que son cosas totalmente distintas. Para que pueda presumirse el consentimiento hipotético del afectado, ciertamente ha de ser razonable, objetivamente fundada *ex ante* la creencia de que el afectado consentiría si pudiera; pero eso no significa que el consentimiento presumido también tenga que ser razonable²⁴: como hemos visto, a veces, conociendo el peculiar carácter o manías del sujeto pasivo, lo razonable es presumir que la decisión de consentir o no que adoptaría sería precisamente la objetivamente irracional o irrazonable.

2. Requisitos

a) Probabilidad

Basta la probabilidad, la muy elevada posibilidad de que el sujeto pasivo consentiría si pudiera, no hace falta la seguridad²⁵.

b) Requisitos comunes con el consentimiento

Puesto que se trata de averiguar cuál sería probablemente el consentimiento, muchos requisitos serán comunes con los del consentimiento: Así, entre los más importantes: a') ha de tratarse obviamente de un bien jurídico respecto del cual quepa un consentimiento eficaz; b') el consentimiento esperado debe referirse al momento del hecho (si el afectado pudiera consentir), y no basta la esperanza de una posterior

²³ Así ROXIN, AT I, 4.ª, 2006 [PG I, 1997], § 18/7.

²⁴ Así LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 2.ª, 2012, § 22/126.

²⁵ Así la doc. mayoritaria, que se conforma con la probabilidad: cfr. RÖNNAU, LK, 12.ª, II, 2006, antes del § 32 217; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, StGB, 28.ª, 2010, antes del § 32/54; DE VICENTE REMESAL, EJB, 1995, 1508; en Luzón (dir.), EPB, 2002, 294; LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 2.ª, 2012, § 22/127. En cambio, algunos exigen seguridad, p. ej. MIR, PG, 9.ª, 2011, Lecc 19, nm.40, aunque en nm. 44 se conforma con la suficiente probabilidad *ex ante*.

aprobación; c') el titular del bien jurídico, o su representante legal si es incapaz y cabe representación, ha de tener capacidad de consentir; d') si el consentimiento fuera posible, habría de estar ausente de vicios del conocimiento y de la voluntad, medida que es distinta según las clases de consentimiento (excluyente de toda la antijuridicidad o sólo de la tipicidad penal) e incluso a veces según los tipos delictivos²⁶.

c) Subsidiariedad

El consentimiento presunto sólo es admisible cuando sea imposible preguntar u obtener un consentimiento real²⁷. Por ello no se puede operar a un paciente inconsciente si es posible sin daño ni riesgo esperar a que recupere la consciencia²⁸; no es lícito grabar una conversación telefónica con otro presumiendo su consentimiento, dado que en todo momento se le puede preguntar si accede²⁹; y no se puede esterilizar sin preguntar a una mujer tras un parto con cesárea, ya que se le puede preguntar y además caben otros medios para prevenir el riesgo³⁰. Y como el consentimiento presunto es subsidiario del consentimiento real, no cabe admitirlo si consta la negativa expresa del titular del bien jurídico o cabe deducir de su actitud o posición anterior que se negaría o no consentiría de poder expresarse³¹.

²⁶ Cfr. LUZÓN PEÑA, RGDP 18, 2012, IV, 2, 3; Lecciones DP, PG, 2.^a, Valencia, Tirant, 2012, 22/88 ss., 97 ss.

²⁷ Así JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996 [PG, 5.^a 2002], § 34 VII 1; JAKOBS, AT, 2.^a, 1991 [PG, 1997], 15/16; HIRSCH, LK, 11.^a desde 1992, antes del § 32 139; DE LA MATA, LH-Roxin (Barcelona), 1997, 404, 433; CUELLO CONTRERAS, PG I, 3.^a 2002, IX/23; RÖNNAU, LK, 12.^a, II, 2006, antes del § 32/221 s.; ROXIN, AT I, 4.^a, 2006 [PG I, 1997], § 18/10; LACKNER/KÜHL, StGB, Kommentar, 27.^a, 2010, antes del § 32/21.

²⁸ Así ROXIN, AT I, 4.^a, 2006 [PG I, 1997], § 18/10.

²⁹ Así JAKOBS, AT, 2.^a, 1991 [PG, 1997], 15/16.

³⁰ Así, rechazando la decisión de BGH 35,246, que admitió consentimiento presunto para los médicos que practicaron la cesárea sin preguntar, GEPPERT, Anmerkung zu BGH JZ 1988 1021, JZ 1988, 1024 ss.; MAURACH/ZIPF, AT 1, 8.^a, 1992 [DP, PG 1, 7.^a, 1994], § 28/12; BAUMANN/WEBER/MITSCH, Strafrecht AT, 11.^a, Bielefeld, 2003, 17/121; RÖNNAU, LK, 12.^a, II, 2006, antes del § 32/221; ROXIN, AT I, 4.^a, 2006 [PG I, 1997], § 18/12; LACKNER/KÜHL, StGB, 27.^a, 2010, antes del § 32/21.

³¹ Así JAKOBS, AT, 2.^a, 1991 [PG, 1997], 15/16; DE LA MATA, LH-Roxin (Barcelona), 1997, 404; CUELLO CONTRERAS, PG I, 3.^a 2002, IX/23; RÖNNAU, LK, 12.^a, II, 2006, antes del § 32 222; ROXIN, AT I, 4.^a, 2006 [PG I, 1997], § 18/10 ss.; LACKNER/KÜHL, StGB, Kommentar, 27.^a, 2010, antes del § 32/21; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, StGB, 28.^a, 2010, antes del § 32/57. Hacen una excepción admitiendo consentimiento presunto aun con rechazo expreso del titular del bien jurídico si se debe a un conocimiento deficiente de la situación, de tal manera que, si la hubiera conocido correctamente, habría consentido MEZGER, Tratado I, 1946, 433; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, DP español, PG, 18, 1995, 508; ARMAZA GALDÓS, RDPCr 1 1998, 127; PG, 2008, 669; citando esta posición pero sin pronunciarse CEREZO, Curso II, 6.^a 1998, 348; PG, 2008, 669. Esta posición puede parecer en principio correcta por tender a averiguar la auténtica posición del afectado disponiendo de todos los datos, pero ciertamente corre el riesgo de prescindir de la auténtica voluntad del titular cuando es poco ilustrada, lo que no es aceptable.

d) Actuación en interés ajeno, pero también posible en interés propio

Normalmente el autor lleva a cabo la actuación en interés ajeno, del afectado, como cuando el médico opera a un paciente inconsciente. Pero también cabe que la actuación sea en interés propio del sujeto activo³², porque se sepa que al afectado no le va a importar.

Así p. ej. una persona recoge en el jardín del vecino, que está de viaje, para comerla fruta caída al suelo, que se iba a echar a perder; o alguien, para no perder el tren y poder resolver un asunto importante, utiliza la bicicleta de un amigo ausente, lo que en el StGB alemán sería en principio utilización ilegítima de vehículo del § 248 b³³; esto sería atípico en el art. 244 CP³⁴, pero no si lo utilizado fuera una moto. O en el ej. de *Jakobs*: un amigo que se presenta sin avisar en la casa de otro, al estar lloviendo intensamente, espera al dueño de la casa en el garaje que no estaba cerrado³⁵, lo que sería allanamiento de morado si no hubiera consentimiento.

3. Precisión de los criterios de determinación de la presunción según las clases de decisión

ROXIN señala acertadamente que para saber si se puede presumir el consentimiento o no debe distinguirse según las clases de decisión y su trascendencia³⁶:

a) Actuación en interés ajeno

En primer lugar hay que plantear el supuesto en que es más normal pensar que el afectado puede consentir, es decir, cuando el autor obra en interés del sujeto pasivo.

1) *Decisiones vinculadas a la situación objetiva*. Se trata de supuestos en que la intervención del auxiliador no afecta, o sólo marginalmente, al ámbito de la configuración más personal de la vida del sujeto pasivo; v.gr. el citado caso de entrar en la vivienda ajena a cortar el paso del agua, o en caso de tormenta entrar en un jardín ajeno para poner los asientos a salvo del agua. La presunción se basará normalmente en

³² Así JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996, § 34 VII 1 b, p. 386 s.; ROXIN, AT I, 4.^a, 2006 [PG I, 1997], § 18 nm. 15 ss; CUELLO CONTRERAS, PG I, 3.^a 2002, IX/24; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/ STERNBERG-LIEBEN, StGB, 28.^a, 2010, antes del § 32/55.

³³ Ejs. de JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996, § 34 VII 1 b, p. 387; ROXIN, AT I, 4.^a, 2006 [PG I, 1997], § 18/15.

³⁴ Lo destaca CEREZO, Curso II, 6.^a, 1998, 347 n. 100; PG, 2008, 669 n.100.

³⁵ JAKOBS, AT, 2.^a, 1991 [PG, 1997], 15/18.

³⁶ Cfr. ampliamente sobre todo lo que sigue ROXIN, FS-Welzel, 1974, 464 ss.; AT I, 4.^a, 2006 [PG I, 1997], § 18 nm. 19 ss. Acoge tb. su planteamiento CUELLO CONTRERAS, PG I, 3.^a 2002, IX/24, pp. 741 s.

ponderaciones generalizables, de modo que la regla será admitir el consentimiento presunto que favorece el interés objetivo claramente preponderante del titular del bien jurídico, dado que la intromisión sólo afecta a intereses suyos no esenciales, salvo que el sujeto activo tenga conocimiento de circunstancias que sean indicio de la opinión opuesta del afectado.

2) *Decisiones vinculadas a la personalidad*. Aquí la intervención ajena sí afecta directamente al ámbito de la personalidad del sujeto pasivo. Dado que normalmente no se puede encontrar criterios generalizables sobre lo correcto en la situación, sino que depende de la opinión sumamente individual del afectado, p. ej. si el vecino que está de viaje consiente o no en que le abran una carta urgente, resulta que si no hay circunstancias más concretas, no se puede saber si el vecino permitía o no al tercero leer sus cartas para no perder posibles negocios. Por ello la regla será la inversa a la de 1), o sea, que no se puede partir del consentimiento presunto, a no ser que haya circunstancias especiales que fundamenten la suposición de que el sujeto pasivo está de acuerdo³⁷. Así señala *Roxin* que un indicio de ello sería el que el marido o el jefe siempre le haya permitido en su ausencia a su mujer o su secretaria abrir las cartas, con lo que la esposa o secretaria pueden partir de su consentimiento presunto si al ausentarse aquél no dice nada³⁸; y lo mismo sucederá en el caso de si se puede castigar a los niños ajenos por delegación de sus padres³⁹ (ello presuponiendo que hay derecho de corrección paterno⁴⁰).

3) *Decisiones existenciales*⁴¹. Así cabe denominar a las decisiones que afectan a la salvación de la existencia misma, a la posibilidad de vida o muerte, como ocurre en las operaciones a personas que están inconscientes. Dado que es lo que prefiere la gran mayoría de las personas, la regla será que se puede justificar por consentimiento presunto (como requisito del ejercicio legítimo de la profesión médica) una operación que salva la vida a un paciente actualmente incapaz de expresar su voluntad; pero

³⁷ Así ROXIN, AT I, 4.ª, 2006 [PG I, 1997], § 18/21 ss.; RÖNNAU, LK, 12.ª, II, 2006, antes del § 32 224; siguiendo a Roxin CUELLO CONTRERAS, PG I, 3.ª 2002, IX/24, p. 742.

³⁸ Así ROXIN, AT I, 4.ª, 2006 [PG I, 1997], § 18/21; RÖNNAU, LK, 12.ª, II, 2006, antes del § 32 224; CUELLO CONTRERAS, PG I, 3.ª 2002, IX/24, p. 742.

³⁹ Así ROXIN, AT I, 4.ª, 2006 [PG I, 1997], § 18/21 ss.; RÖNNAU, LK, 12.ª, II, 2006, antes del § 32/224.

⁴⁰ Sobre la discusión actual tras los cambios legislativos y mi posición afirmativa cfr. LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 2.ª, 2012, § 25/48 ss.

⁴¹ Cfr. ROXIN, AT I, 4.ª, 2006 [PG I, 1997], § 18/24 ss.; RÖNNAU, LK, 12.ª, II, 2006, antes del § 32/224 s.; CUELLO CONTRERAS, PG I, 3.ª 2002, IX/24, p. 742.

pueden darse excepciones: no cabe consentimiento presunto si es posible esperar a que el paciente recupere la consciencia, o si el paciente, cuando anteriormente estaba consciente, ha rechazado la operación.

b) Actuación en interés propio

Como señala ROXIN⁴², aquí la situación es igual que en las decisiones vinculadas a la personalidad, es decir, que en principio no habrá consentimiento presunto salvo que circunstancias concretas permitan inferir que el titular del bien jurídico está de acuerdo con que el autor obre en su propio interés, como en los casos vistos *supra* IV 2 d.

V. Autorización oficial. Concepto. Ámbito: tipos a los que es aplicable

La autorización oficial (o de la autoridad⁴³) supone el permiso, consentimiento o anuencia para una conducta en principio típica por parte de la autoridad estatal competente, que según los casos será la autoridad administrativa o gubernativa o habrá de ser la autoridad judicial; dicha autorización oficial exime de responsabilidad a la persona autorizada, que puede ser un ciudadano o administrado o a veces otro funcionario.

Como, a diferencia de la obediencia debida, la conducta está solamente autorizada o permitida pero no ordenada, no hay un deber u obligación de cumplirla, sino que el particular puede realizarla, con el efecto, como ahora veremos, de licitud o ausencia de antijuridicidad de su conducta (que puede ser incluso atipicidad de entrada o al menos justificación, ejercicio de un derecho) o en otros casos con eficacia sólo eximente, excluyente sólo de la tipicidad penal.

La autorización oficial del Estado en sentido amplio (incluyendo los entes territoriales menores: regionales, provinciales o municipales, o las administraciones institucionales) puede operar por una parte en *delitos contra bienes jurídicos supraindividuales o colectivos*, sean estatales o comunitarios. En dichos tipos la autorización o anuencia de la autoridad estatal u oficial competente significa la anuencia o permisión de la conducta bajo ciertos requisitos y condiciones por parte del ente

⁴² Así ROXIN, AT I, 4.^a, 2006 [PG I, 1997], § 18/28 s.; siguiéndole CUELLO CONTRERAS, PG I, 3.^a 2002, IX/24, p. 742.

⁴³ En el idioma español “autorización de la autoridad” no se suele usar, porque suena casi redundante al ser dos palabras con la misma raíz; en alemán sí se dice autorización de la autoridad: “behördliche Genehmigung” (o “behördliche Erlaubnis”: permiso de la autoridad), pero porque ambos vocablos tienen raíz totalmente distinta, y no se suele usar autorización oficial, que sería “amtliche Genehmigung”.

público que representa a la comunidad que es directa o indirectamente titular del bien jurídico colectivo o comunitario; por tanto en estos casos es la **institución paralela al consentimiento** del sujeto pasivo en los delitos contra bienes jurídicos individuales (hasta tal punto que en algunos tipos se denomina autorización al consentimiento del particular, p. ej. en los delitos contra la propiedad intelectual o industrial: arts. 270. 1 y 2, 275).

Por otra parte, la autorización oficial también puede excepcionalmente permitir la conducta en algunos *tipos delictivos contra bienes jurídicos individuales*. En estos supuestos generalmente se tratará de *autorización judicial* de ciertas ingerencias en derechos y en general bienes jurídicos del ciudadano, generalmente como medidas cautelares practicadas por los agentes de la autoridad y necesarias para la salvaguarda de intereses preponderantes como p. ej. la persecución e investigación de delitos, garantizar la comparecencia ante la Justicia, impedir la comisión de ilícitos, etc.; así la autorización judicial de la entrada y registro del domicilio o de efectos personales, de la interceptación de las comunicaciones, de la coacción para impedir manifestaciones ilegales, desórdenes públicos etc. (art. 172.1: coacción “sin estar legítimamente autorizado”) o incluso de la detención o privación de libertad provisional. Pero en otras ocasiones se trata de una *autorización administrativa*, de una autoridad que p. ej. actúa tutelando los intereses del menor o incapaz, como la anuencia de la autoridad en defecto de los padres o tutores en la entrega a otros del menor o incapaz en el art. 231 (en ocasiones tiene el mismo sentido de tutela y garantía de los intereses del incapaz la autorización judicial como la prevista en el art. 156 para la esterilización de incapaces).

VI. Ubicación sistemática (naturaleza) de la autorización oficial: exclusión de la antijuridicidad o exclusión de la tipicidad

1. Posiciones doctrinales: exclusión de la tipicidad o justificación; la llamada accesoriad administrativa del Derecho penal

En la doctrina, sobre todo la alemana, que en las últimas tres décadas ha ido prestando cada vez más atención a la figura de la autorización oficial como eximente, sobre todo en el Derecho penal medioambiental, son mayoritarias las posiciones que distinguen clases de autorización y consideran que en unos casos es causa de exclusión de la tipicidad, pero en otros causa de justificación. Al hilo de esa cuestión se ha debatido también intensamente si rige o no la accesoriad administrativa del Derecho

penal en este campo, es decir, si la autorización oficial, para operar como eximente en Derecho penal, ha de cumplir también o no los requisitos de validez de la autorización en Derecho administrativo⁴⁴.

Así se sostiene que la autorización oficial es causa de exclusión de la tipicidad, en primer lugar en los supuestos en que, al igual que sucede en el acuerdo o asentimiento del particular, la actuación contra la voluntad de la autoridad es presupuesto del tipo, como sucede si el permiso de la autoridad para entrar en instituciones públicas excluye el allanamiento del § 123 StGB. Y que también lo es en segundo lugar en las denominadas “prohibiciones preventivas con reserva de permiso”, en las que la conducta es en sí misma socialmente aceptada y el deber de autorización sólo sirve para un control preventivo respecto de posibles peligros, p. ej. en la conducción de vehículos que sin permiso es delito, pero con permiso no lo es, o en el tráfico con estupefacientes autorizado por las autoridades sanitarias.

En cambio la doc. mayor. sostiene que en las llamadas “prohibiciones represivas con reserva de permiso”, esto es en tipos en los que sólo excepcionalmente se autoriza una conducta desaprobada por regla general, la autorización oficial no excluye ya la tipicidad, sino que opera como excepción, o sea como causa de justificación. Sin embargo, una opinión minoritaria mantiene que incluso en estos tipos la autorización excluye ya la tipicidad si en el caso concreto están excluidos los peligros normalmente existentes, así p. ej., si la autoridad autoriza la aceptación de un regalo por un funcionario⁴⁵. Y desde luego se considera causa de justificación la autorización oficial en las prohibiciones represivas con reserva de permiso cuando una conducta en sí nociva e indeseada se justifica en consideración a otros intereses preponderantes, como sucede en los sistemas con delito de juegos prohibidos con la autorización excepcional de algunos juegos por razones fiscales, o en la autorización excepcional por razones de seguridad de la tenencia de armas por particulares, etc.

⁴⁴ Sobre todo esto y lo que sigue, entre la amplísima doctrina existente de la que es muestra la seleccionada en la bibliografía, cfr. WINKELBAUER, NStZ 1988, 201 ss.; ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 17/58 ss.; PG I, 1997, § 17/42 ss. No obstante, una opinión minoritaria (FRISCH, Verwaltungskzesorietät, 1993, 60 ss.; SCHWARZ, GA 1993, 318 ss.) sostiene que la autorización oficial excluye siempre la tipicidad.

⁴⁵ Mantiene esta posición minoritaria para esos casos ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 17/61; PG I, 1997, § 17/45, siguiendo a WINKELBAUER, NStZ 1988, 202 s.

2. Posición propia: exclusión de la antijuridicidad (atipicidad por falta de relevancia jurídica o justificación) o exclusión de la tipicidad penal

a) *Distintas clases de autorización*

En los delitos indicados contra bienes jurídicos colectivos y en algunos contra bienes jurídicos personales, la autorización oficial, judicial o administrativa, tiene eficacia eximente, que unas veces es mencionada expresamente en el tipo correspondiente, y otras sólo va implícita, por deducirse de su sentido o derivarse de otras normas generales. Pues bien, la autorización oficial puede tener distinta naturaleza y ubicación sistemática: o causa de atipicidad excluyente *ab initio* de relevancia jurídica, o bien una causa de justificación, o finalmente causa de exclusión sólo de la tipicidad penal.

En los tipos que mencionan expresamente la ausencia de autorización, unas veces requieren que se trate de la autorización “debida” o válida jurídicamente (administrativamente o en la correspondiente rama jurídica), en cuyo caso exigen ya una causa de exclusión de (toda) la antijuridicidad para la exención penal (por tanto no es superflua la utilización de ese adjetivo en algunos tipos, como a veces se dice); pero otras veces se limitan a formular que se actúe “sin autorización” (o expresión similar: sin anuencia, permiso, licencia) o sin “estar autorizado”⁴⁶, en cuyo caso es una cuestión de interpretación del tipo correspondiente si pese a todo se exige igualmente para la exención una autorización administrativamente válida o si por el contrario la exclusión de la tipicidad penal puede producirse no sólo por la debida autorización, sino también por una autorización oficial fáctica aunque no sea plenamente válida jurídicamente. Cuando esa sea la interpretación de la figura típica, la autorización fáctica será una causa de exclusión sólo de la tipicidad penal, pero no de la antijuridicidad, pero si concurre en ese tipo la debida autorización, entonces naturalmente ésta excluye no sólo la responsabilidad penal, sino ya toda la antijuridicidad. En los tipos que no mencionan expresamente la ausencia de autorización, pero en los que se desprende de su sentido o de las normas generales que la autorización es eximente, nuevamente será cuestión de interpretación si basta con la autorización fáctica o si es preciso una autorización válida,

⁴⁶ Una detallada relación de tipos del CP y de leyes especiales que contienen la referencia expresa a que sea una actuación no autorizada (requiriendo unas veces que no esté debidamente autorizada, y otras simplemente que no esté autorizada) puede verse en LUZÓN PEÑA (dir.)/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (coord.)/DE VICENTE/PAREDES/OLAIZOLA, Código Penal, Madrid, La Ley, 2012, Índice analítico, voz Autorización.

pero probablemente lo normal es que para la exención se requiera una autorización válida.

b) *Autorización debida o válida: causa de atipicidad o de justificación*

Cuando se trata de la **debida autorización** oficial, plenamente **válida** jurídicamente, para llevar a cabo esa actuación, tal autorización excluye toda la antijuridicidad de la conducta; lo que ocurre, o bien cuando el propio tipo requiere para la exención autorización válida, la debida autorización (p. ej. arts. 359: sin hallarse debidamente autorizado, 345 y 415: sin la debida autorización, 590.1: actos que no estén debidamente autorizados, 336: sin estar legalmente autorizado, 632.2: no autorizados legalmente), o bien cuando basta cualquier autorización oficial pero en el caso concreto concurre una autorización válida. Y ello a su vez significa, o bien que supone ya una **causa de atipicidad** excluyente de entrada del tipo indiciario por falta de toda relevancia jurídica y por tanto ausencia de indicio de todo injusto (porque no hay lesión o afectación del bien jurídico, dado que ya es presupuesto del tipo una actuación contra la voluntad de la autoridad, en otras palabras, dado que lo que se tipifica es precisamente actuar contra la voluntad de la autoridad y ésta autoriza válidamente; o porque la afectación no es jurídicamente relevante por adecuación social). O bien significa que la autorización válida constituye una **causa de justificación** (de una conducta en principio típica por haber afectación relevante del bien jurídico y permitida excepcionalmente por la ponderación de otros intereses concurrentes), y no es sino una manifestación más del ejercicio legítimo de un derecho (art. 20, 7.º) por parte del particular que cuenta con la debida autorización, o de derechos del cargo (tb. art. 20, 7.º) por parte del funcionario que actúa con la debida autorización.

Así, excluye ya la tipicidad, y no sólo la antijuridicidad, por falta de entrada de toda relevancia jurídica, en primer lugar la autorización válida que excluya la afectación del bien jurídico: la lesión o el peligro para bienes jurídicos; ello sucede efectivamente cuando lo que se tipifica es actuar sin la debida autorización oficial que excluye la lesión o la peligrosidad para el bien jurídico: así ocurre en el art. 203 con la autorización por el titular, la autoridad competente, de la entrada en el domicilio de una persona jurídica pública, donde no se vulnera la capacidad de exclusión del acceso al edificio público y tampoco, a diferencia del allanamiento de morada privada, se ve afectada la intimidad de los moradores; o en la conducción sin permiso del art. 384, 2.º cuando se cuenta con el debido permiso o licencia de conducción, pues no hay desobediencia a la

prohibición administrativa y el permiso garantiza la no peligrosidad de la conducción para la seguridad viaria, o, si se prefiere afirmar que subsiste peligrosidad pese al permiso, éste garantiza que no se supere el riesgo permitido con carácter general; o en el art. 231 con la anuencia de la autoridad en defecto de los padres o tutores en la entrega a otros del menor o incapaz por quien tiene a su cargo su crianza o educación, pues si la autoridad, que representa los intereses del menor y tiene la capacidad de decidir sobre su situación, presta su anuencia a tal entrega a un tercero o un establecimiento público tras examinar adecuadamente lo más conveniente para el menor o incapaz, no se ven afectados los intereses de éstos en cuanto a su adecuada crianza o educación.

En segundo lugar será causa de atipicidad por ausencia de entrada de cualquier relevancia jurídica cuando la conducta autorizada sí suponga afectación de bienes jurídicos, pero precisamente realizada con la debida autorización sea una conducta socialmente (y jurídicamente) adecuada, absolutamente normal con carácter general. Así puede haber una cierta afectación del bien jurídico, pero es socialmente adecuada y normal si se da la debida autorización oficial, p. ej. dentro de las usurpaciones en la distracción de aguas de uso público o privativo de su curso o de su embalse del art. 247, pero efectuada con una autorización válida, y lo mismo ocurre cuando concurre esa autorización en la conducta de otro modo constitutiva de delito urbanístico del art. 319.1: construcción (típica si es no autorizada) en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares de reconocido valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural; incluso en la conducta antes mencionada del art. 384, 2.º, si se considera que pese al permiso de conducir hay en la conducción de vehículos una cierta afectación potencial del bien jurídico seguridad vial por haber peligrosidad aunque no rebase riesgo permitido, en todo caso tal conducción con permiso está absolutamente cubierta por la adecuación social y jurídica y por ello es atípica de entrada.

En cambio, la autorización válida será una causa de justificación, de ejercicio legítimo del derecho o del cargo, cuando pese a ella la conducta suponga una afectación de bienes jurídicos y jurídicamente relevante por no ser socialmente adecuada y normal, pero esté excepcionalmente autorizada por la ponderación que la autorización supone de otros intereses concurrentes en el caso concreto. Así sucede con la autorización judicial de escuchas telefónicas o de registros domiciliarios, o con la autorización excepcional de la elaboración, despacho, suministro o comercio de sustancias nocivas para la salud o

productos químicos que puedan causar estragos del art. 359, o en el 368 la autorización de los actos médicos de facilitación del consumo de drogas o estupefacientes a drogadictos para deshabituación o su control médico-sanitario (el precepto castiga facilitar “el consumo ilegal”, lo que no se da si es debidamente autorizado), pues no parece que la realización de tales conductas peligrosas para la “salud pública” pueda considerarse algo absolutamente cotidiano, intrascendente y normal y por ello socialmente adecuado, pero se autoriza excepcionalmente por considerarse más importantes en la ponderación de intereses en colisión las necesidades de la justicia en el primer caso, y los intereses industriales o comerciales y los médico-sanitarios en el segundo y tercer casos, unidos al suficiente control de otros riesgos por medidas de control.

En ambos grupos de casos, tanto los de atipicidad por ausencia de entrada de relevancia jurídica como en los de justificación, la autorización oficial (de modo paralelo a los de consentimiento excluyente ya del tipo indiciario y a los de consentimiento justificante) ha de ser plenamente válida, tanto en su conformidad a los requisitos jurídicos materiales y formales como en la ausencia de vicios fácticos (relevantes) del conocimiento o voluntad de la autoridad, como se insistirá *infra* VII.1.

c) Autorización fáctica no plenamente válida: causa de exclusión sólo de la tipicidad penal en ciertos delitos

Cuando los tipos hablan simplemente de actuar sin autorización, sin requerir que sea debida o válida, y lo mismo puede suceder (aunque quizás más raramente) en tipos que no mencionan expresamente la autorización pero en que puede deducirse de su sentido que la autorización oficial opera como eximente, la interpretación de los mismos puede a veces llevar a la conclusión de que, a diferencia de los supuestos anteriores, la exclusión de la tipicidad penal puede producirse no sólo por la debida autorización, sino también por una autorización oficial fáctica aunque no sea plenamente válida jurídicamente –de modo paralelo a lo que sucede en el consentimiento, es decir, a los casos de tipos que para la eximente se conforman con un asentimiento, acuerdo o conformidad puramente fácticos–. Cuando esa sea la interpretación de la figura típica, la autorización fáctica será una causa de exclusión sólo de la tipicidad penal, porque pese a tener algún vicio la autorización administrativa la conducta de todos modos estaba autorizada y por tanto ya no es típica –por ello castigarla vulneraría el principio de

legalidad penal⁴⁷ –, pero desde luego subsistirá un ilícito extrapenal con la posible responsabilidad administrativa, civil, etc. No obstante, esa ilicitud no es considerada lo suficientemente grave por el tipo penal, en virtud del carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho penal, como para calificarla como delictiva. Sobre qué grado de vicios es compatible con tal exclusión de la tipicidad penal según los diversos tipos v. *infra* VII.2.

Así p. ej. se puede entender que se conforman con una autorización oficial real aunque no sea plenamente válida para que la conducta ya no sea penalmente típica: el art. 319.1, que antes de su reforma por LO 5/2010 castigaba “la construcción no autorizada” (a partir de 2010 ya habla de “no autorizables”) en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares de reconocido valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, lo que puede desprenderse del hecho de que el ap. 2 del mismo art. 319 castiga la “edificación no autorizable” en suelo no urbanizable, es decir, no simplemente no autorizada, sino no susceptible de la debida autorización; o que ello sucede igualmente en el art. 2.1 e) de la LO 12/1995, de represión del Contrabando, el sacar del territorio español bienes que integren el patrimonio histórico español “sin la autorización de la Administración del Estado cuando ésta sea necesaria”, donde cabe interpretar (aunque sea ciertamente opinable) que basta autorización estatal fáctica aunque no sea plenamente válida, dado el contraste entre la redacción de este requisito y la redacción de otras letras de ese art. 2.1, que en cambio requieren una conducta sin cumplir los requisitos legalmente establecidos, y sobre todo la letra j), que considera punible no sólo la conducta no autorizada, sino también la autorizada pero con una autorización viciada: exportar material de defensa o de doble uso “sin autorización o habiéndola obtenido mediante declaración falsa o incompleta... o de cualquier otro modo ilícito”; o también en el art. 203 con la autorización por el titular, la autoridad competente, de la entrada o permanencia en el domicilio de una persona jurídica pública, al decir el precepto que tal conducta sea

⁴⁷ Así lo señalan en la doc. alemana: p. ej. RENGIER, ZStW 101, 1989, 39 ss.; FRISCH, Verwaltungsakzesorientät, 1993, 60 ss.; SCHEELE, Zur Bindung des Strafrichters, 1993, 137 ss., respecto de los fallos jurídicos que no hagan evidentemente nula la autorización, pero no para los vicios de la voluntad; ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 17/67; PG I, 1997, § 17/47. Este último señala que en cambio si la autorización es causa de justificación y concurren vicios en la misma se puede rechazar la exención por abuso del derecho y que con ello no se vulnera el principio de legalidad porque éste no rige estrictamente en las causas de justificación; en Derecho español no hace falta acudir a la construcción del abuso del derecho, sino que directamente, si la autorización está viciada y no es válida jurídicamente, la conducta autorizada no puede ser plenamente conforme a Derecho y desde luego no es ejercicio legítimo de un derecho, por lo que no se plantean problemas de principio de legalidad.

“contra la voluntad del titular”, en lo que cabe interpretar que, de modo paralelo a lo que sucede en el allanamiento de morada particular del art. 202, para la exclusión de la tipicidad penal basta con que se cuente con la voluntad fáctica del titular aunque no sea plenamente válida.

VII. Requisitos de la autorización oficial

1. De la exclusión de la antijuridicidad (“accesoriedad administrativa” del Derecho penal)

Ya hemos visto con diversos ejemplos que a veces los propios tipos exigen para la exención que la conducta esté debida o legalmente autorizada, pero que también en otros tipos que se conforman para la exención con que la conducta esté autorizada, en el caso concreto la autorización concurrente puede ser plenamente válida. En ambos supuestos, el que exista plena exclusión de la antijuridicidad, o con atipicidad de entrada por falta ya de relevancia jurídica o bien con justificación (ejercicio legítimo de un derecho o del cargo), porque haya autorización jurídica, legal, y no sólo autorización administrativa (o procesal) de facto, requiere obviamente que la autorización sea plenamente válida jurídicamente, que sea la debida autorización. En efecto, *para la exclusión total de la antijuridicidad sí rige la “accesoriedad administrativa del Derecho penal”*⁴⁸, por propia voluntad del Derecho penal en los tipos en que éste requiere para la exención autorización válida, y en los restantes supuestos porque para la plena exclusión de toda la antijuridicidad, y no sólo del ilícito penal, rige, aquí sí, la coherencia con “la unidad del ordenamiento jurídico” y ausencia de contradicciones entre sus diversas ramas para la permisión o juridicidad de una conducta⁴⁹.

Ahora bien, la validez de la autorización no es incompatible con alguna irregularidad jurídica no invalidante, o sea de las que no provocan ni siquiera anulabilidad del acto administrativo, en este caso la autorización, o con algún pequeño vicio o irregularidad en la motivación fáctica de la autorización, pero que no llegue a vicio invalidante en las otras ramas del Derecho.

⁴⁸ Cfr. con ulteriores referencias ENSENBACH, Probleme der Verwaltungsakzesorietät, 1989; HEINE, NJW 1990, 2425 ss.; ADPCP 1993, 289 ss.; ; FRISCH, Verwaltungsakzesorietät, 1993; SCHWARZ, GA 1993, 318 ss.; STRATENWERTH, AT, 4.^a, 2000 [PG, 4.^a, 2005], § 9/128 ss., §12/45; RÖNNAU, LK, 12.^a, II, 2006, antes del § 32/283 ss.; ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 17/43; PG I, 1997, § 17/42; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, StGB, 28.^a, 2010, antes del § 32/62; LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 2.^a, 2012, § 22/142 ss.

⁴⁹ Cfr. LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 2.^a, 2012, § 25/5.

Sobre cuáles son esas meras irregularidades no invalidantes, o sea, que no producen nulidad ni anulabilidad, hay que estar a lo dispuesto en el Derecho administrativo o, cuando se trata de autorizaciones judiciales, en el Derecho procesal⁵⁰.

2. De la exclusión sólo de la tipicidad penal (no “accesoriedad administrativa” del Derecho penal)

Ya he señalado que la cuestión de qué vicios jurídico formales o materiales o incluso vicios de la voluntad de la autoridad y hasta qué grado siguen siendo compatibles con estimar que pese a todo la conducta está autorizada y es penalmente atípica, es una cuestión de interpretación del tipo correspondiente y podría variar según los tipos (es por tanto una cuestión de la Parte especial).

Ello significa que *no es cierto con carácter general que deba darse la llamada “accesoriedad administrativa del Derecho penal”*, es decir la vinculación de éste a los requisitos de validez conforme al Derecho administrativo de las autorizaciones oficiales, porque *tal accesoriedad no rige en los delitos en que para la exclusión de la tipicidad penal basta una conducta autorizada aunque sea sin plena validez* de la autorización; si es así, aunque pese a la autorización fáctica subsista la ilicitud extrapenal: ilicitud administrativa y posible responsabilidad administrativa o en otra rama jurídica, el Derecho penal con sus propios criterios de *ultima ratio* no la considera suficientemente grave para ser también un ilícito penal, o sea, penalmente típica.

Dicha “accesoriedad”, como se ha indicado, se dará por una parte si los tipos requirieren –explícita o implícitamente– para su exclusión una autorización debida o válida, y por otra parte, en los que no la requieran, cuando se pretenda contar con una autorización plenamente excluyente de la antijuridicidad, para lo que habrá de ser válida. Pero cuando el tipo requiera simplemente conducta no autorizada sin exigir su validez y el sujeto quiera actuar sólo sin incurrir en responsabilidad penal, basta con que se le haya otorgado la autorización oficial aunque ésta no se ajuste a todos los requisitos de validez del Derecho administrativo (o de la correspondiente rama del Derecho): como siempre ocurre, el Derecho penal puede ser más exigente para incriminar ilícitos como ilícitos penales y por eso puede ser más generoso que otras ramas del Derecho a la hora de admitir causas de exclusión sólo de la tipicidad penal, del ilícito penal.

⁵⁰ Sobre la influencia de esta cuestión en la obediencia debida cfr. LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 2.^a, 2012, § 25/112 ss., 123 s.

Según una opinión muy extendida, que se inclina a favor de la accesoriedad administrativa del Derecho penal, son abuso del derecho y por ello punibles las conductas cubiertas por una autorización oficial con vicios de la voluntad o jurídicos, aunque conforme al Derecho administrativo la autorización no sea nula, sino sólo anulable, como aprovecharse de una autorización oficial obtenida mediante engaño o amenazas, o también cuando se haya sobornado a la autoridad o en otros casos de cooperación colusiva (pactos ilícitos en daño de tercero), o de conocimiento de que el permiso es materialmente antijurídico. Por el contrario otro sector opina con razón que si la autorización excluye la tipicidad, todos o al menos muchos de esos supuestos constituyen conductas al fin y al cabo autorizadas oficialmente y por tanto penalmente atípicas⁵¹. A mi juicio, como ya he dicho, depende del sentido y finalidad de cada tipo de la parte especial la interpretación de qué grado de vicios de la autorización son pese a todo compatibles con la exclusión de la tipicidad penal; pero **hay un límite en el que no se dará tal exclusión: los vicios que den lugar a nulidad de pleno derecho**, no simple anulabilidad, de la autorización, pues las autorizaciones totalmente nulas equivalen a autorización inexistente, a falta de autorización⁵².

VIII. La tolerancia oficial; la susceptibilidad de autorización: ¿eficacia?

La simple tolerancia oficial de una actividad típica no equivale a su autorización. Desde luego no puede tener eficacia eximente cuando se trata de una tolerancia oficial claramente ilegal y corrupta de una actividad delictiva sobre la que la autoridad no tiene competencia ni capacidad legal para permitirla y, al contrario, debería perseguirla, p. ej. el narcotráfico, el tráfico ilegal de armas, el contrabando o incluso el cohecho. Ya he advertido además en otras ocasiones⁵³ que no debe confundirse la mera tolerancia oficial con la tolerancia social unánime o claramente mayoritaria de una conducta poco importante de las que podrían encajar en un tipo (no la tolerancia social de todo el tipo delictivo), que por razones de coincidencia con el principio democrático y con el de insignificancia sí excluye la tipicidad penal.

⁵¹ Cfr. para una exposición de unas y otras opiniones, defendiendo la segunda, ROXIN, AT I, 4.ª, 2006, § 17/48 s.; PG I, 1997, § 17/47.

⁵² V. respecto de los supuestos de nulidad radical y sus efectos en la obediencia debida cfr. LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 2.ª, 2012, § 25/123 s.

⁵³ Así en LUZÓN PEÑA, Causas de atipicidad y causas de justificación, en Luzón/Mir, Causas de justificación y de atipicidad en DP, Pamplona, Aranzadi, 1995, 29 s.; Curso DP, PG I, Madrid, 1996, 566 s.; Lecciones PG, 2ª, 2012, 20/43.

Distinta es la tolerancia oficial de una conducta que la autoridad sí sería competente para autorizarla expresamente en ciertas condiciones. Pese a todo dicha tolerancia no puede eximir, pues la prohibición legal existente en principio sólo puede ser exceptuada por resolución expresa y siguiendo el procedimiento administrativo establecido; el supuesto es sustancialmente igual a los casos de conductas no autorizadas pero autorizables, es decir susceptibles de autorización aunque no haya habido siquiera tolerancia oficial, y lo cierto es que la susceptibilidad de autorización tampoco sustituye a la autorización, porque se podría acabar prescindiendo del procedimiento de autorización si se pudiera eludir el mismo invocando la susceptibilidad de autorización⁵⁴. No obstante, algunos establecen excepciones y admiten la impunidad, fundamentada de diversos modos, si la conducta no sólo podía sino que debía haber sido autorizada y se deniega antijurídicamente el permiso⁵⁵; o para el caso de la tolerancia, o bien en general por considerar una infracción sólo formal la falta de autorización, o bien sólo en los casos en que se debía haber autorizado y no hay peligro para el bien jurídico⁵⁶.

Bibliografía:

Sobre consentimiento presunto: AHRENS, *Geschäftsführung ohne Auftrag als Strafausschließungsgrund*, tesis doct. Göttingen, 1929; ARMAZA GALDÓS, *La eximente por consentimiento del titular del bien jurídico*, RDPCr 1 1998, 109 ss.; ARNDT, *Die mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund*, Berlin, Duncker & Humblot, 1929; BACIGALUPO, *Die Einwilligung des Verletzten im spanischen Strafrecht*, en Eser/Perron (eds.), III. Deutsch-italienisch-portugiesich-spanisches Strafrechtskolloquium 1990, Max-Planck-Institut f. a. u. i. Strafrecht Freiburg, 1991, 159 ss.; *El consentimiento del lesionado en el DP y en la dogmática españoles*, en Gimbernat/Eser/Perron (eds.), *Justificación y exculpación en DP*, Madrid, 1995, 119 ss.; *Principios de DP, PG, 5.ª*, Madrid, Akal, 1998, 211 ss.; CEREZO MIR, *Curso de DP*

⁵⁴ Este argumento y el anterior sobre la no eficacia de la tolerancia en ROXIN, AT I, 4.ª, 2006, § 17/67 y 66; PG I, 1997, § 17/50 y 49. No obstante, admite algunas excepciones que a continuación se indican. Aunque hay opiniones discrepantes, la doc. mayor. sostiene que la simple susceptibilidad de autorización no es suficiente para eximir, incluso aunque el acto debiera haber sido autorizado, lo que generará un derecho del ciudadano a reclamar administrativamente, pero no a la autotutela: cfr., sosteniendo como principio esta opinión (y con ulteriores citas, tb. de las posiciones contrarias), RÖNNAU, LK, 12.ª, II, 2006, antes del § 32/290 s.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, StGB, 28.ª, 2010, antes del § 32/62.

⁵⁵ Cfr. SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, StGB, 28.ª, 2010, antes del § 32/62 (en algún caso excepcional), 133; RUDOLPHI, NStZ 1984, 198; BREUER, *Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen aber nicht genehmigten Verhaltens*, 1988; ROXIN, AT I, 4.ª, 2006, § 17/66; PG I, 1997, § 17/49.

⁵⁶ En el primer sentido WINKELBAUER, NStZ 1988, 203; MALITZ, *Zur behördlichen Duldung*, 1995, 142; HÜTING, *Die Wirkung der behördlichen Duldung*, 1996, 203; en el segundo sentido más restrictivo ROXIN, AT I, 4.ª, 2006, § 17/67; PG I, 1997, § 17/50.

español, PG, II, 6.^a, Madrid, Tecnos, 1998, 346 ss.; DP, PG, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2008, 667 ss.; CUELLO CONTRERAS, DP, PG I, Madrid, Dykinson, 3.^a, 2002, IX/23 s., pp. 740 ss.; DISPUT, Die (mutmaßliche) Zustimmung des Rechtsgutsträgers und deren Auswirkungen auf die Erfüllung des strafrechtlichen Tatbestandes, Frankfurt etc., Lang, 2009; FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.^a, 2007, 489 ss.; GROPP, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, FS-Schroeder, 2006, 197 ss.; HONIG, Die Einwilligung des Verletzten, Teil 1, Mannheim, Bensheimer, 1919; JAKOBS, AT, 2.^a 1991 [PG, 2.^a, 1997], 15/16 ss.; JESCHECK, AT, 4.^a, 1988 [Tratado PG, 1981], § 34 VII; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a, 1996 [PG, 5.^a, 2002], § 34 VII; KUHLEN, Ausschluß der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung, FS-Müller-Dietz, 2001, 431 ss.; Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, FS-Roxin, 2001, 331 ss.; Der Ausschluß der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen, JR 2004, 227 ss.; Hypothetische Einwilligung und „Erfolgsrechtfertigung“, JZ 2005, 713 ss.; LUDWIG/LANGE, Mutmaßliche Einwilligung und willensbezogene Delikte – Gibt es ein mutmaßliches Einverständnis?, JuS 2000, 446 ss.; LUZÓN PEÑA, Causas de atipicidad y causas de justificación, en Luzón/Mir (coords.), Causas de justificación y de atipicidad en DP, Pamplona, Aranzadi, 1995, 21 ss.; Causas de atipicidad en Luzón Peña (dir.), Encicl. Penal Básica (EPB), Granada Comares, 2002, 237 ss.; Vernünftige Annahme (objektiv unvermeidbarer Irrtum) und mutmaßliche Einwilligung: erlaubtes Risiko oder Straftatbestandsausschließungsgrund, GA 2006-5: FG-Roxin, 317 ss., 319 ss.; Error objetivamente invencible, caso fortuito, consentimiento presunto: causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal, en: Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal (dir. Vieira), CDJ 2006-7, 359 ss., 370 s.; Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto, como causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal, en: El Derecho Penal del siglo XXI (dir. S. Mir Puig), CDJ, 2007-8, 403 ss., 438 ss. = en RGDP 9, 2008 (electrónica: <http://www.iustel.com>), 1 ss., 23 ss. = RDP arg. 2008-1, 631 ss., 660 ss. = LH-Vives, 2009, 1189 ss., 1213 ss. = LH-Figueiredo Dias II, 2009, 631 ss., 657 ss.; Lecciones DP, PG, 2.^a, Valencia, Tirant, 2012, 22/117 ss., 59 ss.; El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal, RGDP 18, 2012, 1 ss.; MARLIE, Zum mutmaßlichen Einverständnis, JA 2007, 112 ss.; DE LA MATA, El consentimiento presunto ante comportamientos realizados en interés propio, LH-Roxin (Barcelona), 1997, 387 ss.; MEZGER, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 1924, 207 ss.; Strafrecht, 3.^a, 1949, § 29, 219 ss. = Tratado I, 1946, 413 ss.; MITSCH, Rechtfertigung und Opferverhalten, Hamburg, Kovač, 2004; Die “hypotetische Einwilligung” im Arztstrafrecht, JZ 2005, 279 ss.; MÜLLER-DIETZ, Mutmaßliche Einwilligung und Operationserweiterung, JuS 1989, 280 ss.; OTTO, Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, Jura 2004, 679 ss.; PAEFFGEN, Gefahr-Definition, Gefahr-verringerung und Einwilligung im medizinischen Bereich, FS-Rudolphi, 2004, 187 ss.; RIEGER, Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, tesis doct. München (1997), 1998; RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, Tübingen, Mohr, 2001; Leipziger Kommentar, StGB (LK), 12.^a, Berlin, de Gruyter, II, 2006, antes del § 32/214 ss.; ROXIN, Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten, FS-H. Mayer, 1966, 467 ss.; Über die mutmaßliche Einwilligung, FS-Welzel, 1974, 447 ss.; AT, 4.^a, 2006 (PG, 1997), § 18 1 ss.; RUDOLPHI, Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, GS-Schröder, 1978, 73 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, StGB, Kommentar, 28.^a, München, Beck, 2010, antes del § 32/54 ss.; SICKOR, Die Übertragung der hypothetischen Einwilligung auf das Strafrecht, JA 2008, 11 ss.; STRATENWERTH,

Strafrecht, AT I: Die Straftat, 4.^a, 2000, Köln-Berlin-Bonn-München, Heymanns, § 9/29 ss.; Derecho Penal, PG I, El hecho punible, trad. de la 4.^a ed., 2000 de M. Cancio Meliá y M. Sancinetti, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, § 9/29 ss.; TIEDEMANN, Die mutmaßliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung amtlicher Gelder, JuS 1970, 108 ss.; DE VICENTE REMESAL, Consentimiento y asentimiento, EJB, 1995, 1507 ss.; Consentimiento y acuerdo: ¿causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad?, en: Luzón/Mir (dirs.), Cuestiones actuales de la teoría del delito, Madrid, McGraw-Hill, 1999, 113 ss.; Consentimiento y asentimiento, en Luzón (dir.), EPB, 2002, 293 ss.; YOSHIDA, Zur materiellen Legitimation der mutmaßlichen Einwilligung, FS-Roxin, 2001, 401 ss.; ZIPF, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970; ZITELMANN, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99 1906, 1 ss.

Sobre autorización oficial: BREUER, Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen aber nicht genehmigten Verhaltens, tesis doct. Univ. Trier, 1988; DÖLLING, Umweltstraftat und Verwaltungsrecht, JZ 1985, 461 ss.; ENSENBACH, Probleme der Verwaltungsakzesorietät im Umweltstrafrecht, 1989; ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Infracciones extrapenales “cualificadas” en el CP español de 1995: problemas de interpretación, RDPCr 5 2000, 11 ss.; FRISCH, Verwaltungsakzesorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht. Zum Verhältnis von Umweltverwaltungsrecht und Strafrecht und zur strafrechtlichen Relevanz behördlicher Genehmigungen, Heidelberg, Müller, 1993; GOLDMANN, Die behördliche Genehmigung als Rechtfertigungsgrund, tes. doct. Univ. Freiburg, 1967; HEINE, Verwaltungsakzesorietät des Umweltstrafrechts, NJW 1990, 2425 ss.; Accesoriedad administrativa en el DP del medio ambiente, trad. de la Cuesta Aguado/Padrós, ADPCP 1993, 289 ss.; HUNDT, Die Wirkungsweise der öffentlich-rechtlichen Genehmigung im Strafrecht, 1994; ÍÑIGO CORROZA, La responsabilidad penal del fabricante por productos defectuosos, pról. Silva Sánchez, Barcelona, J.M. Bosch, 2001, 199 ss.; LENCKNER, Behördliche Genehmigungen und der Gedanke des Rechtsmißbrauchs im Strafrecht, FS-Pfeiffer, 1987, 27 ss.; LUZÓN PEÑA, Lecciones DP, PG, 2.^a, Valencia, Tirant, 2012, 22/133 ss.; MARX, Die behördliche Genehmigung im Strafrecht, 1993; DE LA MATA BARRANCO, Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa, Barcelona, Cedecs, 1996; PERSCHKE, Die Verwaltungsakzesorietät des Umweltstrafrechts etc., wistra 1996, 161 ss.; RENGIER, Die öffentlich-rechtliche Genehmigung im Strafrecht, ZStW 101 (1989), 874 ss.; RÖNNAU, Leipziger Kommentar, StGB (LK), 12.^a, Berlin, de Gruyter, II, 2006, antes del § 32/273 ss.; ROXIN, AT I, 4.^a 2006, § 17 43 ss.; PG I, 1997, § 17 42 ss.; RUDOLPHI, Primat des Strafrechts im Umweltschutz, NStZ 1984, 193 ss., 248 ss.; Strafrechtliche Verantwortlichkeit für Gewässerverunreinigung, FS-Lackner, 1987, 863 ss.; SCHEELE, Zur Bindung des Strafrichters an fehlerhafte behördliche Genehmigungen im Umweltstrafrecht, Berlin, Duncker&Humblot, 1993; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, StGB, Kommentar, 28.^a, München, Beck, 2010, antes del § 32/61 ss.; SCHWARZ, Zum richtigen Verständnis der Verwaltungsakzesorietät des Umweltstrafrechts, GA 1993, 318 ss.; STRATENWERTH, AT, 4.^a, 2000 [PG, 4.^a, 2005], § 9/128 ss., §12/45; WINKELBAUER, Zur Verwaltungsakzesorietät des Umweltstrafrechts, Berlin, Duncker&Humblot, 1985; Die behördliche Genehmigung im Strafrecht, NStZ 1988, 201 ss.; WON, Behördliche Genehmigung als Tatbestandsausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund im Umweltstrafrecht, tesis doct. Würzburg, 1994.

Sobre tolerancia oficial: ALTENHAIN, Die Duldung des ungenehmigten Betriebes einer kerntechnischen Anlage, FS-U. Weber, 2004, 441 ss.; HALLWAB, Die behördliche Duldung als Unrechtsausschließungsgrund im Umweltstrafrecht, tesis doct.

Kiel, 1987; Rechtmäßigkeit behördlich geduldeter Umweltbeeinträchtigungen?, en Natur und Recht, 1987, 296; HÜTING, Die Wirkung der behördlichen Duldung im Umweltstrafrecht, 1996; MALITZ, Zur behördlichen Duldung im Strafrecht, 1995; ROGALL, Die Duldung im Umweltstrafrecht, NJW 1995, 922 ss.

* * * * *

Aspectos dogmáticos y político-criminales del delito de blanqueo de capitales*

~Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Lorenzo Morillas Cueva~

Catedrático de Derecho penal. Univ.de Granada (España). Socio de la FICP.

Sumario: I. Introducción. 1. Referencia preliminar. 2. Aspectos generales del blanqueo de capitales. 3. Respuestas al blanqueo de capitales: su origen más reciente. 3.1. Normativa supranacional. A) Naciones Unidas. B) Unión Europea. 3.2. Recomendaciones del GAFI. 3.3. Legislación española. A) Normativa administrativa. B) Regulación penal. II. Aspectos esenciales del delito de blanqueo de capitales en el Derecho positivo español. 1. Denominación y concepto. 1.1. Denominación. 1.2. Concepto. A) Doctrinal. B) Normativo. 2. Bien jurídico protegido. 3. Elementos más destacados del delito a raíz de la reforma de 2010. 3.1. Conducta típica. 3.1.1. Adquirir, convertir, transmitir. 3.1.2. Poseer, utilizar. 3.1.3 Otras conductas. 3.2. Objeto material: bienes procedentes de una actividad delictiva. 3.2.1. Bienes. 3.2.2. Actividad delictiva. 3.3. Autoblanqueo.

I. INTRODUCCIÓN

1. Referencia preliminar

El fenómeno del blanqueo de capitales provenientes de actividades delictivas es una cuestión intertemporal, de larga trayectoria histórica. Relacionado fundamentalmente, en su versión más reciente, con el tráfico de drogas, se proyecta en la actualidad desde los más diversos parámetros de la moderna criminalidad, unido con prevalencia en su manifestación más intensa con la delincuencia organizada. Binomio, tráfico de drogas-organización delictiva, muy a tener en cuenta, aunque no exclusivo, en la permanente lucha contra los beneficios del operar delictivo. Su presentación es multiforme, pero la respuesta preventiva o punitiva específica conlleva una actuación sobre el punto de mayor debilidad de dichas organizaciones como es la necesidad de incorporar al mercado legalizado el fruto de su actividad criminal, en muchas ocasiones ingentes cantidades de dinero, cuya transformación no deja de ser compleja, a pesar de las sofisticadas técnicas que se emplean para ello en un mercado globalizado cada vez más atrayente, como espacio financiero integrado, en relación a este tipo de actividades, en cuanto los blanqueadores de capital aprovechan precisamente la libre circulación de éste y de prestación de servicios financieros para conseguir sus objetivos delictivos.

* Este artículo tiene su origen en una ponencia presentada como conferencia inaugural del curso Blanqueo de Capitales y Paraísos Fiscales organizado por la Escuela Judicial, servicio de Formación Continua, del Consejo General del Poder Judicial, marzo de 2013.

Las especiales inquietudes que tales conductas provocan en los organismos nacionales e internacionales al respecto, en la estabilidad de los mercados financieros, en la propia sensibilidad ciudadana han hecho de este fenómeno de corrupción y delincuencia una de las cuestiones más negativas para el sistema económico neocapitalista asentado, cada vez más, en parámetros globalizados y multinacionales. Clara en este sentido es la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (en adelante Directiva 2005/60), la cual en su Considerando (2) mantiene que la solidez, integridad y estabilidad de las entidades financieras y de crédito, así como la confianza en el sistema financiero en su conjunto, podrían verse en grave peligro debido a los esfuerzos de los delincuentes y sus cómplices, ya sea por encubrir el origen de los productos del delito, ya por canalizar el producto de actividades legítimas o ilegítimas a fines delictivos.

Semejante preocupación, incrementada todavía más si cabe por la crisis económica que sacude a gran parte del planeta y muy especialmente a Europa, compartida en los diversos niveles de respuestas punitivas ha hecho que progresivamente se extiendan las tipologías delictivas encuadrables entre las actividades de delincuencia organizada –a la clásica de tráfico de drogas cabe añadir, entre otras, terrorismo, tráfico de personas, tráfico de armas, tráfico de órganos, tráfico de materiales nucleares, tráfico de órganos- y magnificar el propio delito de blanqueo de capitales, al ampliar, a veces, de manera sumamente discutible, las infracciones criminales nodrizas de éste, en un expansionismo entre justificado o peligrosamente desmesurado. Nuevas presencias o antiguas formas de corrupción política, de delitos medio-ambientales, de delitos urbanísticos engordan, con pretoriana precisión y lucro, ese monstruo social de las mil cabezas que denominamos con amplitud corrupción, se mezclan en las actuales regulaciones del blanqueo de capitales con infracciones penales insignificantes por su naturaleza, alcance y carácter marcadamente personal. Tanto es así que cierta parte de la doctrina científica ha marcado como ejemplos de ruptura con un Derecho penal garantista la organización criminal y el blanqueo de capitales¹ y que, en previsión de manifiestas disfuncionalidades de los derechos positivos internos, la

¹ Por todos: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los Tribunales”. En *Constitución y sistema penal*. Dirs. Mir Puig-Corcoy Bidasolo. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 161.

propia Directiva 2005/60 estima necesaria una actuación comunitaria en este ámbito a fin de evitar que los Estados miembros adopten medidas para proteger su sistema financiero que puedan ser contrarias al funcionamiento del mercado interior y a las normas del Estado de Derecho y del orden público comunitario. Comprobar el logro de este loable objetivo en el Derecho penal español ha de ser una de las cuestiones prioritarias de este trabajo.

2. Aspectos generales del blanqueo de capitales

Un cuestión de tales dimensiones y tan pluridisciplinar como es el blanqueo de capitales presenta múltiples caracteres que hacen muy compleja su delimitación conceptual y alcance práctico pues, en todo caso, requeriría bastante más espacio y desarrollo que una aportación de estas características. Con la coartada de semejante aseveración limitativa, voy a actuar sobre aquellos factores más relevantes para su comprensión en clave de elaboración jurídica, especialmente punitiva.

Algunos autores² han precisado las peculiaridades más relevantes del blanqueo en su estimación actual y que en síntesis reduzco a las siguientes: a) internacionalización – como ya ha sido adelantado, dicha figura traspasa el reducido ámbito interno de actuación y regulación para mostrarse, en muchas ocasiones, como una hipótesis transnacional, precisada por la globalización y la liberalización de los movimientos de capital, que requiere, por ello y al mismo tiempo, de actuaciones unitarias frente a dichas tipologías. En consecuencia, precisa de la cooperación y coordinación internacionales cuya normativa complete y, a veces, limite, en su incidencia interna, la operatividad del Derecho nacional-; b) naturaleza especial, derivada del impacto cuantitativo y cualitativo de las múltiples actividades que configura –los movimientos masivos de capital obtenido ilegalmente han tomado tal proyección que se presentan como un problema de indudable trascendencia, como ya he advertido, en la estabilidad del sistema financiero y propicia la atención personalizada y especial de semejante figura delictiva-; c) profesionalización de las organizaciones dedicadas al blanqueo – como en las anteriores hay que precisar que tales características están dirigidas esencialmente a la comprensión más compartida de blanqueo en el sentido precisamente de su proyección internacional o/y de sus actuaciones colectivas organizadas, pues la

² A título de ejemplo: ALVAREZ PASTOR, Daniel-EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *Manual de prevención del blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 21-25. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3ª ed. Navarra: Aranzadi, 2012, p. 56-61.

especial amplitud con que se regula en la actualidad incorpora, como se ha referido antes, realidades excesivamente individualizadas de difícil integración en estas notas como asimismo en el propio concepto de blanqueo de capitales, como más adelante detallaré. En la primera de las posibilidades se camina con paso firme hacia una sofisticación de los procedimientos de blanqueo que, a su vez, exigen y tienen medios y personas altamente profesionalizadas. En tal sentido Blanco Cordero concreta en tres las vías en las que se muestra dicha profesionalización: separación progresiva entre las actividades criminales y las concretas de blanqueo, aumento de blanqueadores profesionales, con profesiones relevantes al efecto, tales como contables, abogados, banqueros, organización de servicio de blanqueo ofertadas a delincuentes y organizaciones criminales³; d) sofisticación y variedad de las técnicas utilizadas, en un continuado empeño de buscar nuevos procedimientos para neutralizar las empleadas por los gestores del control y de respuesta a esta forma de alteración ilegal de los mercados económicos.

Semejante situación de intensificación del blanqueo de capitales no se produce por puro azar sino que es fruto de una serie de circunstancias de variación del sistema económico y de su entorno, algunas ya han sido explicitadas con anterioridad, las cuales merecen al menos una cita introductoria. El señalado proceso de globalización, posiblemente sin concluir al menos en sus efectos más perniciosos, que supone una continua transformación relativamente homogénea y que incide de manera desigual en factores tales como la economía, de manera esencial junto a la tecnología, la cultura, la política, el derecho y que en su versión negativa de globalización triádica conlleva concentración económica, fortalecida, en determinadas zonas, por la liberalización de los movimientos de capital y la ausencia de controles de cambio, atrae la mundialización de relevantes manifestaciones delictivas, entre las que destaca el blanqueo de capitales y que, en definitiva, supone una globalización del crimen a la que se precisa contestar con una globalización de las respuestas frente a estas modalidades delictivas.

Junto a ello hay nuevamente que incidir en el espectacular avance de las nuevas tecnologías que si bien cumplen un importante papel en el desarrollo de los mercados económicos y financieros no dejan asimismo de ser un soporte válido para el blanqueo de capitales. En este sentido, las Recomendaciones del GAFI, febrero 2012 –impreso

³ *Ibd.*, p. 60

diciembre 2012- (en adelante GAFI 2012), aconsejan a este respecto que “los países y las instituciones financieras deben identificar y evaluar los riesgos de lavado de activos o financiamiento del terrorismo que pudieran surgir con respecto a (a) el desarrollo de nuevos productos y nuevas prácticas comerciales, incluyendo nuevos mecanismos de envío, y (b) el uso de nuevas tecnologías o tecnologías en desarrollo para productos tanto nuevos como los existentes. En el caso de las instituciones financieras, esta evaluación del riesgo debe hacerse antes del lanzamiento de los recientes productos, prácticas comerciales o el uso de tecnologías nuevas o en desarrollo. Los países y las instituciones financieras han de tomar medidas apropiadas para administrar y mitigar esos riesgos”⁴. No es tarea fácil porque, por ejemplo, el uso de Internet, el mundo virtual, es de tal complejidad para un eficaz control financiero de las múltiples y variadas hipótesis a ejecutar que posibilita amplios caminos de actuación para opciones criminales, como las del blanqueo, en los que la impunidad es más frecuente de lo deseado.

En tercer lugar y como colofón de los supuestos seleccionados está la proliferación de los denominados paraísos fiscales, ampliamente tratados en otras partes de este libro. Indicar únicamente que se manifiestan como una de las preocupaciones más destacadas en la lucha contra la delincuencia económica y que, por su propia estructura y objetivos, no es fácil llegar a unas notas definitorias de un concepto desigual y poco pacífico según las circunstancias. Tanto es así que bastantes países optan más que por una definición por una relación de jurisdicciones o territorios que se estiman paraísos fiscales o incluso, como hace España⁵, por atribuirles tal carácter a aquellos que no hayan firmado un Convenio con el país respectivo para el correspondiente intercambio de información y de evitación de la doble imposición internacional. En todo caso, algunas definiciones doctrinales nos pueden acercar a su concreción, por ejemplo la recogida por Mallada Fernández “aquella jurisdicción en la

⁴ *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación. Las recomendaciones del GAFI*. GAFI, 2012, p.18.

⁵ La Disposición Adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal intenta definir el paraíso fiscal, en su número 1, y lo hace de manera un tanto llamativa por limitada: “Tendrán la consideración de paraíso fiscal los países o territorios que se determinen reglamentariamente. Dejarán de tener la consideración de paraíso fiscal aquellos países o territorios que firmen con España un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información o un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria en el que expresamente se establezca que dejan de tener dicha consideración, desde el momento en que estos convenios o acuerdos se apliquen. Los países o territorios a los que se refiere el párrafo anterior volverán a tener la consideración de paraíso fiscal a partir del momento en que tales convenios o acuerdos dejen de aplicarse

que se exime del pago de impuestos, o somete a una imposición más baja a los inversores extranjeros que mantienen cuentas bancarias o constituyen sociedades en su territorio⁶”.

Tal primaria, por generalista, aproximación al paraíso fiscal hay que completarla con otras notas que pueden mostrar, obviamente no de manera definitiva, su verdadero alcance, pues no se trata de un problema exclusivamente tributario de ventajas fiscales sino asimismo societario, bancario, defraudador, penal: opacidad en la información, secreto bancario y comercial, legislación fiscal y mercantil flexible, sistema cerrado, prácticamente nula firma de tratados de doble imposición, ausencia de régimen de control de cambio, diferenciado tratamiento para nacionales con respecto a los extranjeros inversores⁷. La utilización negativa de dichos paraísos es dimensionada al máximo ya que cabe ser empleados con diferentes estrategias, para, por ejemplo, una desigual competitividad entre sociedades que aprovechan estas bondades fiscales y las que cumplen con su deber tributario a nivel interno, para evasión fiscal o para blanqueo de capitales. En este último sentido, la relación paraíso fiscal con blanqueo no es automática pero es referente importante de actuaciones llevadas a cabo en semejante estructura de fraude fiscal.

3. Respuestas al blanqueo de capitales: su origen más reciente

El inicio de una estructura armónica a nivel internacional suele situarse en el año 1988, aunque es preciso reconocer que tanto en este ámbito como en el del derecho positivo interno no faltan regulaciones proyectadas hacia semejante tema con anterioridad. En todo caso, se puede, partiendo del tal arranque, mostrar muy sintéticamente algunas de las más representativas e influyentes en los diferentes espacios jurídicos. Para ello, voy a usar una triple distinción que estimo responde sistemáticamente a las previsiones que en este trabajo se hacen, orientadas esencialmente hacia las respuestas punitivas: internacionales, que abarcan las de Naciones Unidas y las de la Unión Europea e integran tanto previsiones de tipo administrativo como penal, administrativas internas y penales, estas dos últimas referidas en concreto al Derecho positivo español. Completaré dicha trilogía con una también breve valoración del GAFI, por su especial influencia en toda esta evolución.

⁶ MALLADA FERNÁNDEZ, Covadonga. *Blanqueo de capitales y evasión fiscal*. Valladolid: Lex Nova, 2012, p. 182

⁷ Con mayor amplitud al respecto, *vid*: LOBARDERO EXPOSITO, Luis Manuel. *Blanqueo de capitales*. Barcelona: Boch, 2009, p. 229-230. MALLADA FERNÁNDEZ, Covadonga. *Blanqueo...cit.*, p. 182-184.

3.1. Normativa supranacional

A) *Naciones Unidas*

Como ha sido dicho, voy a arrancar de dos concretas declaraciones producidas en el año 1988, especialmente en relación a la segunda, en ambas se presta relevante atención al tráfico de drogas. Se trata, en primer lugar, de la Declaración de Principios del Comité de Reglas y Prácticas de Control de Operaciones Bancarias sobre previsión de utilización del sistema bancario para el blanqueo de fondos de origen criminal, de 12 de diciembre de 1988- Declaración de Basilea- que supone un acercamiento algo relativo, pero importante, a parte de la temática más actual del blanqueo de capitales desde la óptica de la banca. Su objetivo principal era el de impedir que los bancos y otras instituciones financieras fueran utilizadas para trasferencias o depósitos de fondos de procedencia ilícita. Dicha determinación de una intervención a nivel internacional se deriva de la creciente, ya en aquel momento, dimensión asumida por el fenómeno de la delincuencia organizada, “en particular en cuanto se refiere al tráfico de drogas”.

La segunda es uno, por no escribir el que más, de los referente importantes e influyentes en la normativa de esta materia, a pesar de estar dirigida esencialmente a la prevención administrativa y penal del tráfico de drogas. Se trata de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988 (en adelante Convención de Viena), que combina equilibradamente la persecución del tráfico en sí mismo con la de los frutos ilícitos a través de él conseguidos. En dicho sentido reconoce los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas derivadas de él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados, siendo conscientes de que tal tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la Administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles. Con semejante perspectiva que ya inicia las estimaciones sobre la terrible trilogía que azota a nuestra moderna sociedad desde la perspectiva de la economía social -delito, corrupción, blanqueo de capitales- plantea una interesante articulación de infracciones delictivas a tener en cuenta por los Partes firmantes para su inclusión en el Derecho positivo interno. Su trascendencia radica en que: integra por primera vez con cierta sistemática dicho tráfico de drogas con el producto de tales delitos, supone un

cambio importante en la dimensión internacional de la persecución del blanqueo de capitales, y marca una especial influencia y alcance en las legislaciones de numerosos países (106) y en la normativa posterior tanto de Naciones Unidas como de la Unión Europea.

La parte a destacar de su contenido por cercanía al objeto de este estudio está contenida en el artículo 3 en el que se concretan los delitos a tipificar en los respectivos Textos punitivos de los Estados, sobre dos variables: infracciones penales relacionadas en sentido estricto con el tráfico de drogas y delitos con incidencia en el blanqueo de capitales o conductas de parecida naturaleza. Aunque en algunas ocasiones se presentan cruzados entre sí, voy hacer mención a los segundas.

Tres son las hipótesis a tener en cuenta: a) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso primero, referido, como he dicho, a tráfico de drogas, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de dicho delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones, b) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad real de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos de tráfico drogas o de un acto de participación en semejante delito o delitos: c) la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno de los delitos de tráfico de droga o de un acto de participación en tal delito; d) la participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el correspondiente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión.

Como añadido de lo anterior se prevén asimismo una serie de supuestos agravatorios de destacado valor por su contenido y evolución posterior, de los que selecciono las más próximas al delito en análisis: a) participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte; b) participación del sujeto en otras actividades delictivas internacionales organizadas; c) participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito; d) el hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito

guarde relación con ese cargo; f) declaración de culpabilidad anterior, en particular por delitos análogos, por Tribunales extranjeros o del propio país, en la medida en que el derecho interno de cada una de las Partes lo permita.

Todo lo anteriormente referido y las demás hipótesis ordenadas en el Texto – competencia, decomiso, extradición, asistencia recíproca jurídica, remisión de actuaciones penales, otras formas de cooperación y capacitación, cooperación internacional y asistencia a los Estados de tránsito, entrega vigilada, entre otras– conducen a una valoración inicialmente positiva de la Convención de Viena, sobre todo en atención a la fecha de elaboración y a su contenido de respuestas sólidas y estructuradas en relación al tráfico de drogas y al blanqueo de capitales, con la utilización, sobre todo para este último, de un ordenado catálogo, primario pero de evidente influencia posterior, de conductas como conversión, transferencia de bienes, ocultar o encubrir su origen ilícito, ayudar a otras personas, adquirir, poseer, utilizar dichos bienes o de figuras jurídico-penales de aplicación a tales supuestos como las referidas a la participación o a la tentativa, con lo que todo ello significa para una auténtica armonización internacional al respecto. Hay autores, no obstante, que le acusan de centrar todas sus esperanzas en el aumento de la represión penal, incorporando como objetivo, cuanto menos equivalente, si no superior, el de preservar las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad frente al tradicional de proteger la salud y el bienestar de los ciudadanos⁸. Obviamente semejante estimación está prioritariamente dirigida al tráfico de drogas no tanto al blanqueo de capitales cuyas respuestas se manifiestan, como con cierta reiteración he expuesto, como una de las vías más eficaces contra los delitos previos, en este caso tráfico de drogas, en cuanto con ellas se pretende privar o entorpecer el fruto y beneficio de los delitos cometidos.

Además de las aludidas, Naciones Unidas ha seguido en este compromiso de prevención y propuestas de punición de tales, y afines, actividades criminales. Señalar con carácter de mera información, nuevamente como muestra, la Convención contra la delincuencia organizada transnacional de 15 de noviembre de 2000, suscrita en Palermo (en adelante Convención de Palermo). De forma y fondo los contenidos son parecidos, al menos en la cuestión ahora de nuestro interés – en otras, se introducen nuevas formas, como penalización de la participación en un grupo delictivo organizado, con autonomía

⁸ En este sentido: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El control penal del abuso de drogas: una valoración político-criminal”. *Revista de Derecho (Valdivia)*. Vol XVIII, nº 1, julio de 2005, p. 200 (consultada versión Internet).

sistemática (artículo 5), penalización de la corrupción (artículo 8) o responsabilidad de las personas jurídicas (artículo 10); por el contrario, por ejemplo, silencia las referencias agravatorias-, a los narrados por la Convención de Viena, en relación con la punición del blanqueo del producto del delito que desarrolla en su artículo 6, con prácticamente iguales tipicidades (párrafo 1, a y b) – a las que acompaña con una serie de medidas de carácter administrativo preventivo en el artículo 7- pero con una esencial diferencia que las hace mucho más extensivas como es la ampliación en el alcance del delito inicial: mientras que la Convención de Viena limitaba el delito determinante al relacionado con la drogas, en todas las variables típicas detalladas en su artículo 3.1,a); en la Convención de Palermo éste – definido (artículo 2,h) como todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 6, es decir de blanqueo de capitales- es referido, por tanto, en términos genéricos de delito.

La idea directriz propiciada por la última de las Convenciones es, como afirma en su artículo, 6.2 a), la de aplicar el párrafo 1º, delitos de blanqueo de capitales, a la gama más amplia posible de delitos determinantes. No obstante lo anterior, en la siguiente letra asume un mínimo como base imprescindible: cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la presente Convención – conducta que constituye un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 –obstrucción de la justicia- de la presente Convención. Los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados”.

B) Unión Europea

Al igual que Naciones Unidas, la Unión Europea es también prolija en normativas al respecto, casi todas derivadas en gran parte de las propuestas de aquella, que hemos de sintetizar en la mención a dos Convenios y algunas Directivas de especial interés. El primero a referir, en niveles cuantitativos y cualitativos, es el Convenio del Consejo de Europa de 8 de noviembre de 1990, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo, a caballo temporal entre las dos Convenciones antes citadas. Con parecidas a ellas propuestas típicas, se inclina con mayor amplitud todavía por la referencia al delito principal –así lo denomina e igual

definición, con algunos cambios terminológicos, que el delito determinante de la Convención de Palermo-, sin ninguna apreciable limitación.

El segundo, Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, de 16 de mayo de 2005, hecho en Varsovia y ratificado por España el 20 de febrero de 2009, supone una especie de actualización mínima del de 1990, con el que simultánea su aplicación, que extiende expresamente a la financiación del terrorismo junto al blanqueo de capitales que, en ningún caso, se restringe a aquél sino que está asentado en cualquier delito, como principal, incluidos, lógicamente, los de terrorismo.

Junto a ellos hay que destacar algunas de las Directivas de mayor incidencia en el tema que tratamos. En primer lugar, 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, opera esencialmente en materias administrativo-preventivas en relación a entidades de crédito, instituciones financieras y otros tipos de profesionales y categorías de empresas en las que se pueda realizar blanqueo de capitales. En segundo, Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la anterior Directiva 91/308/CEE, reforma en parte de su texto e incorpora variables punitivas interesantes, como la fijación de las tipologías descriptoras del blanqueo de capitales y la nominación, después ampliamente utilizada en el derecho positivo español, para el llamado por ella delito subyacente, de actividad delictiva aunque de manera restrictiva la reduce a cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito grave, delitos a los que enumera en cuanto a su apreciación en el artículo 1.E).

En tercer lugar, la más referencial para el actual derecho positivo español, Directiva 2005/60 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, con posterioridad desarrollada por la Directiva 2006/CE de la Comisión, de 1 de agosto de 2006, por la que se establecen disposiciones de aplicación de dicha Directiva 2005/60 relativas 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, y con el complemento del Reglamento (CE) núm. 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 en el que establece normas sobre la información que debe completar las transferencias de fondos, en lo referente a los ordenantes de las mismas, a efectos de la prevención, investigación y detección del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, con la fijación abierta para los Estados miembros de un régimen sanciones de carácter administrativo aplicable al incumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento. La propia Directiva 2005/60, a pesar de su importancia e influencia en las normativas internas presenta una naturaleza de marco general que, como señala expresamente el Preámbulo de la Ley española 10/2010, a las que más adelante le prestaré especial atención, necesita no solamente una transposición al derecho interno sino también ser completada por éste. Por otro lado, dicha Directiva contiene fundamentalmente las Recomendaciones del GAFI tras su revisión en 2003.

3.2. Recomendaciones del GAFI.

En cualquier lectura de cierta profundidad sobre el blanqueo de capitales no falta la mención al GAFI, yo mismo he terminado el epígrafe anterior con ella. GAFI no es un operativo normativo pero su influencia es tal que merece un epígrafe valorativo autónomo para poder entender la propia normativa internacional y la legislación nacional.

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) se presenta como un ente intergubernamental creado en julio de 1989 en París como fruto de una reunión plenaria del llamado entonces Grupo de los siete (G-7), con límite de actuación tasado hasta 2004 que, con posterioridad, ha sido ampliado y con los objetivos básicos de fijar estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación y otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional. Además, y en colaboración con otras partes involucradas a nivel internacional, asimismo procede a identificar vulnerabilidades a nivel nacional para proteger el sistema financiero internacional de usos indebidos.

Ello lo realiza, en esencia, a través de Recomendaciones e Informes. De especial relevancia son las primeras que aunque, reitero, formalmente no tienen valor jurídico han marcado, sin embargo, el devenir de toda la legislación sobre el blanqueo de capitales. En palabras de los propios documentos del GAFI, las Recomendaciones

establecen medidas esenciales “que los países deben implementar” – el procedimiento es su incorporación a Declaraciones, Convenciones, Convenio, Directivas, como se ha visto, para su posterior transposición al derecho positivo interno- y de este modo: a) identificar los riesgos, y desarrollar políticas y coordinación local; b) luchar contra el lavado de activos, financiamiento del terrorismo y financiamiento de la proliferación; c) aplicar medidas preventivas para el sector financiero y otros sectores designados; d) establecer poderes y responsabilidades (por ejemplo, autoridades investigativas, de orden público y de supervisión) y otras medidas institucionales; e) mejorar la transparencia y la disponibilidad de la información de titularidad de beneficio de las personas y estructuras jurídicas; f) facilitar la cooperación internacional.

La evolución de tales Recomendaciones del GAFI se puede sintetizar de la siguiente manera: a) 40 Recomendaciones originales, año 1990, se presentaron con la idea inicial de combatir los usos ilegales del sistema financiero en relación a las personas que blanqueaban los capitales derivados del tráfico de drogas; b) revisión, por primera vez, en 1996, para reflejar las crecientes tendencias y técnicas de lavado de activos y para extender su campo más allá del lavado de activos proveniente de las drogas; c) en octubre de 2001, el GAFI expandió su mandato e incluyó el financiamiento de actos y organizaciones terroristas y, en tal sentido, elaboró ocho nuevas e importantes Recomendaciones Especiales (con posterioridad ampliadas a nueve) sobre dicho financiamiento; d) por segunda vez, en 2003, se revisaron las Recomendaciones y junto con las Recomendaciones Especiales “fueron avaladas por más de 180 países, y son reconocidas universalmente como el estándar internacional contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo”; e) en 2012 se produce una nueva modificación de las 40 Recomendaciones que contempla modernas amenazas emergentes, clarifica para su mayor fortalecimiento muchas de las obligaciones existentes y, al mismo tiempo, mantiene “la estabilidad necesaria y el rigor de las Recomendaciones”, se revisan, para reforzar, los requisitos en relación a las situaciones de mayor riesgo con el objetivo de conseguir que los países se focalicen más en aquellas áreas de alto riesgo en relación al lavado de activos y financiación del terrorismo o en las que se podría mejorar la implantación. A esta última parcela, financiación del terrorismo, se le presta especial atención integrando las Recomendaciones especiales e incorporando alguna nueva como la Recomendación 7. En relación al delito de lavado

de activos la recomendación es la ya analizada de implicar a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la mayor gama posible de delitos determinantes.

Como ha podido comprobarse la influencia material del GAFI en los diversos niveles de normativización del blanqueo de capitales es fundamental, a pesar de su carácter de organismo intergubernamental no legislativo ni elaborador de normas internacionales. Sobre ello y en sentido crítico, Corcoy Bidasolo ha destacado cómo pese a su falta de legitimidad democrática, el GAFI viene condicionando a los Estados no solo a perseguir el blanqueo sino que lo define y establece las conductas típicas⁹. Posiblemente tenga razón la autora desde una perspectiva material, pero formalmente lo que hace es Recomendar y luego las instituciones internacionales y, sobre todo, los órganos legislativos de los Estados, constituidos democráticamente, lo llevan a sus leyes correspondientes.

3.3. Legislación española

Llegado es el momento, una vez finalizado el caminar, necesario por instructivo para cualquier interpretación del derecho positivo interno y para poder hacer propuestas político-criminales que quieran ser mínimamente coherentes, por el transcurrir normativo transnacional, de afrontar de manera resumida e introductoria la normativa nacional que abra las puertas al estudio pormenorizado del delito de blanqueo de capitales. Con este carácter a dos perspectivas he de atender en su dimensión legislativa: por un lado, la de carácter administrativo y, por otro, la penal.

A) Normativa administrativa

A dos propuestas he de hacer referencia en este sentido. La primera de ellas, la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales que surge como consecuencia de la transposición al derecho español de la Directiva 91/308/CEE, que a su vez es contenedora de las primeras Recomendaciones del GAFI. Su naturaleza es puramente administrativa y sus objetivos prevenir e impedir la utilización del sistema financiero, así como de otros sectores de actividad económica, para el blanqueo de capitales procedentes de cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito castigado con pena de prisión superior a tres años, a través de la regulación de las obligaciones, las actuaciones y los procedimientos correspondientes descritos en su texto. Hasta su derogación en 2010

⁹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Crisis de las garantías constitucionales...*cit., p.167.

convive con la ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo.

La segunda, la más importante, por su contenido, actualidad y vigencia, es la ya citada Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo que trata en materia de blanqueo, mantiene la Ley 12/2003 y deroga la 19/1993, de regular de manera unitaria los aspectos preventivos tanto del blanqueo de capitales como de la financiación del terrorismo. Su referencia fundamental es la Directiva 2005/60 a la que transpone y completa con una redacción más extensa y detallada que aboca a un notable expansionismo de la regulación referente al blanqueo de capitales, y, por supuesto, las Recomendaciones GAFI revisadas en 2003. Es también de esencia puramente administrativa y sus objetivos son prácticamente los mismos, actualizados en su contenido concreto, que los descritos para la Ley 19/1993. Dedicó un completo capítulo –VII- al régimen sancionador, infracciones y sanciones, en los artículos 50 a 62.

B) Regulación penal

El origen de estas figuras delictivas en el Derecho penal español cabe ser situado, al margen de algunos otros intentos previos, en la LO 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código penal en materia de tráfico ilegal de drogas. Influenciada por los borradores elaborados en Naciones Unidas de la posterior Convención de Viena –recuérdese que esta es datada el 20 de diciembre de 1988- su ámbito de aplicación está acotado al tráfico de drogas. El propio Preámbulo de la Ley explicita que “con el objetivo de hacer posible la intervención del Derecho Penal en todos los tramos del circuito económico del tráfico de drogas, se incorpora un nuevo precepto al capítulo VII del título XIII del libro II del Código, que sanciona las conductas de aprovechamiento de los efectos y ganancias de aquel tráfico, o lo que es lo mismo, que pretende incriminar esas conductas que vienen denominándose de «blanqueo» del dinero de ilícita procedencia”.

En este sentido, y a pesar que el resto de la reforma incide –instrumentalmente también en el artículo 93 bis, remisión condicional-, como es lógico, en la sección 2ª –“Delitos contra la salud pública y el medio ambiente”, con la modificación del artículo 344, añadido de los artículos 344 bis a), 344 bis b), 344 bis c), 344 bis d), 344 bis e), 344 bis f) y cambio del artículo 344 bis al 344 ter-, del Título V, Capítulo II, se prevé, no obstante, el contenido antes citado relativo al blanqueo en un nuevo artículo 546 bis,

f)¹⁰ dentro de los delitos de encubrimiento con ánimo de lucro y receptación, en una ubicación sistemática diferenciada de la del tráfico de drogas pero conectada con ella, a través de la comprensión amplia de la receptación, como modalidad de receptación especial¹¹. El precepto fue acogido por la doctrina con variadas opiniones aunque la mayoría favorables. En este sentido, Díez Ripollés lo estimó incluso más adecuado que la propuesta contenida en la Convención de Viena al considerar que: a) renuncia a la autonomía del blanqueo, vinculándose a la receptación –cuestión ésta que como se verá más adelante, no es precisamente la seguida por nuestro legislador actual-; b) elimina el exagerado casuismo de la propuesta internacional; c) mejora técnicamente la conducta de la receptación; d) deja fuera del ámbito del tipo las hipótesis de favorecimiento real, más cercanas al encubrimiento¹². Se esté de acuerdo o no con la concreción de dichas bondades, el futuro ha ido por otros derroteros más vinculados a las premisas internacionales, lo que no cabe duda es de su importancia como motor de arranque de la regulación penal del blanqueo de capitales.

El siguiente paso, más discutido en el ámbito científico pero iniciador, en parte, de los contenidos posteriores, lo da la LO 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas, que intenta transponer, más fielmente, la ya publicada Convención de Viena a la legislación española así como, según la propia Ley, la Directiva 91/308/CEE que, no obstante y según he explicitado anteriormente, tenía un marcado carácter administrativo, incluso posiblemente también las primeras Recomendaciones del GAFI de 1990 al respecto. La Exposición de Motivos de la Ley es clara en este sentido: “España, Parte en esta Convención, está obligada a introducir en su ordenamiento penal las medidas que en la misma figuran y no tienen todavía plasmación expresa en su sistema legal. Para

¹⁰ Artículo 546 bis f): El que con conocimiento de la comisión de alguno de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b) de este Código recibiere, adquiriere o de cualquier otro modo se aprovechara para sí o para un tercero de los efectos o ganancias del mismo, será castigado con prisión menor y multa de un millón a 100 millones de pesetas. Se impondrán las penas superiores en grado a los reos habituales de este delito y a las personas que pertenecieren a una organización dedicada a los fines señalados en este artículo. En los casos previstos en el párrafo anterior, así como cuando, a juicio del Tribunal, los hechos contemplados en este artículo fueren de especial gravedad, se impondrá, además de la pena correspondiente, la inhabilitación del reo para el ejercicio de su profesión o industria y el cierre del establecimiento por tiempo de seis meses a seis años o con carácter definitivo. Serán aplicables a los supuestos contemplados en este precepto las disposiciones contenidas en el artículo 344 bis e) del presente Código”.

¹¹ Vid, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p.158. VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina. *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 75

¹² Díez Ripollés, José Luis. “Tendencias político-criminales en materia de drogas”. En *Jueces para la democracia*, nº 2, 1993, p. 43

cumplir con esta finalidad, se ha elaborado la presente reforma del Código Penal, en la que, para cumplir los plazos exigidos por la Convención, se introduce una regulación que ya se encuentra incorporada al Proyecto de Ley del nuevo Código –se refiere al Proyecto de Código Penal de 1992 que no tuvo especial éxito-, adelantando, así, la entrada en vigor de estas medidas penales”. Fundamenta, de esta forma, la incorporación, dentro de los delitos de tráfico de drogas, de los nuevos artículos 344 bis h) y 344 bis i), relativos a las conductas dirigidas al encubrimiento de los capitales y beneficios económicos obtenidos del tráfico ilícito de los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas¹³, y su coexistencia con el artículo 546 bis a) que se mantuvo vigente, lo que supuso una cierta redundancia legislativa sobre una misma materia ubicada sistemáticamente en dos apartados muy distintos del Texto punitivo, los delitos contra la salud pública, por un lado, y los delitos contra la propiedad por otro. De incomprensible han calificado esta duplicidad Berdugo Gómez- de la Torre- Fabián Caparrós¹⁴ a la que, en su momento, Díez Ripollés estimó como un acto de colonización jurídica¹⁵.

Reforma, como se ve, sumamente criticada pero que incorporó, se esté de acuerdo o no con ello, conductas típicas, ya en ese momento desarrolladas en el derecho internacional, que permanecen en el tiempo, elementos típicos de igual alcance, como a sabiendas, o la también muy discutible hipótesis imprudente que, sin embargo, se mantiene en el tiempo como propuesta legislativa.

Se llega así al Código penal de 1995 que no supone, ni mucho menos, un cambio importante en la regulación hasta entonces existente pues conserva el contenido básico

¹³ Artículo 344 bis h): “El que convirtiese o transfiriese bienes a sabiendas de que los mismos proceden de alguno o algunos de los delitos expresados en los artículos anteriores, o realizase un acto de participación en tales delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tales delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones, será castigado con las penas de prisión menor o multa de uno a cien millones de pesetas. 2. Con las mismas penas será castigado el que ocultare o encubriere la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes o derechos relativos a los mismos, a sabiendas de que proceden de algunos de los delitos expresados en los artículos anteriores o de un acto de participación en los mismos. 3. Si los hechos se realizaren por negligencia o ignorancia inexcusables la pena será de arresto mayor en su grado máximo y multa de uno a cincuenta millones de pesetas”.

Artículo 344 bis i): “El que adquiera, posea o utilice bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que los mismos proceden de alguno de los delitos expresados en los artículos anteriores, será castigado con las penas de prisión mayor y multa de uno a cien millones de pesetas”

¹⁴ BERDUGO GÓMEZ-DE LA TORRE, Ignacio-FABIÉN CAPARRÓS, Eduardo. “La ‘emancipación’ del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español”. *Diario La Ley*, nº 7375, 27 diciembre 2010, p. 1. Versión on line.

¹⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el Ordenamiento penal español”. *Actualidad Penal*, número 32, 1994, p. 601.

de la reforma de 1992, con algunos retoques de interés, como la unificación de estas conductas bajo el epígrafe de la receptación y otras figuras afines en el Capítulo XIV del Título XIII –Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico- del Libro II, la ampliación de la referencia al delito de origen a todos los delitos graves, terminando de esta manera con el monopolio del tráfico de drogas, la incorporación de tipos agravados específicos – por pertenencia a organización dedicada a los fines de blanqueo, con mayor pena para los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones (artículo 302), y por la especial cualificación del sujeto activo del delito, empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionarios público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo (artículo 303)-. Destacar, por otro lado, el mantenimiento expansionista de las conductas punibles y de la posibilidad de comisión por imprudencia grave, concretada su nomenclatura de acuerdo a las previsiones del propio Código. Especialmente críticos con esta opción legislativa son Bajo Fernández- Bacigalupo a la que califican de inoportuna por ser innecesaria, perturbadora y responder exclusivamente a la mentalidad de una clase burócrata afincada en organismo al estilo GAFI que confunde los fines preventivos, políticos y policiales en la luchas contra la criminalidad organizada con la función de Derecho penal¹⁶.

El texto punitivo se vio nuevamente modificado, para estos delitos, con la LO 15/2003, de reforma del Código penal. Es una modificación que atiende a numerosos artículos del Texto punitivo y, entre ellos, de manera reducida, a los artículos 301 y 302 referidos, como se ha comentado, al blanqueo de capitales. Su incidencia es limitada pero la más importante, al menos desde mi punto de vista, es la ampliación que se hace del delito de origen a todos los delitos, modificando la anterior mención de delitos graves, con lo que se amplía considerablemente el ámbito del delito principal que da lugar al blanqueo. Además se añade una pena facultativa de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o industria por tiempo de uno a tres años, así como la de acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local (en caso de que fuera temporal, su duración no podrá exceder de cinco años). Se hace especial referencia al comiso desde una triple perspectiva: a) con respecto al tipo básico de blanqueo remite al artículo 127 (artículo 301.5); b) para el tipo agravado del artículo 301.1 párrafo 2º -bienes tengan su origen en el narcotráfico- que lo hace al artículo 374;

¹⁶ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel-BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. 2ª ed., Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces: 2010, p. 714.

c) cuando se den los supuestos del tipo agravado del artículo 302.1 –organizaciones dedicadas al blanqueo- se alude al comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo (artículo 301.2). En este mismo número y artículo se incorpora la opción de decretar cualquiera de las consecuencias accesorias entonces contenidas en el artículo 129 así como la pérdida de la posibilidad subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de Seguridad Social durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuesta.

La última hasta el momento y posiblemente más importante modificación de este delito es la contenida en la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que modifica el Código penal. Olvidada su justificación en el amplio Preámbulo de la Ley se presenta como una reforma sumamente cuestionada por la doctrina y de indudable carácter expansionista que hace del blanqueo un todo presente en cualquier actividad delictiva. Aunque no se diga expresamente, al contrario como lo hace la Ley 10/2010, el texto de la reforma supone en el aspecto penal una trasposición tanto de los criterios más relevantes de la Convención de Viena y de la de Palermo así como, sobre todo, de la Directiva 2005/60 y de las Recomendaciones del GAFI, a los que supera en las concreciones delictivas más ampliadas que las planteadas por las susodichas instituciones internacionales.

El primero de sus cambios radica en el propio título de la rúbrica que le da nombre que pasa “de la receptación y otras conductas afines”, tal como lo expresaba el Capítulo IV, del Título XIII, del libro II, a la de “de la receptación y el blanqueo de capitales”. El cambio no es inocuo sino que configura el blanqueo de capitales como una figura autónoma en relación con la receptación que hasta ese momento había ido de la mano, con la confusa fijación de las otras conductas afines. Con esta variable, que se puede calificar de positiva, se apuesta por una cierta separación de estos delitos con los más cercanos, aunque el legislador no da el paso de sistemáticamente subdividirlos en Secciones, lo que hubiera mostrado, todavía más, esa tendencia hacia su emancipación. De todas formas, en coherencia con la nueva regulación se dota de una antijuricidad material que lo singulariza dentro de los delitos socioeconómicos¹⁷ y que delimita, pero al mismo tiempo amplía de una manera excesiva, según mi punto de vista, su alcance.

¹⁷ En tal sentido, entre otros: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRES, Ignacio-FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. “La emancipación”...cit., p. 4.

El segundo, afecta a las modalidades típicas al incorporar los verbos poseer y utilizar que vienen a suponer una nueva y extensiva estimación de este delito más si a eso se une la también incorporación del autoblanqueo al precisar asimismo de manera novedosa que la actividad delictiva cometida por el propio sujeto que realiza el delito precedente o por cualquier otra persona. Al margen de detallar con más precisión las carencias de esta fórmula no me sustraigo a adelantar la crítica que con razón le hizo en su momento el Consejo del Poder Judicial en su Informe preceptivo a la pretendida reforma (en adelante, Informe CGPJ): “es de hacer notar que las modalidades de acción tradicionales tienen en común la característica de que todas ellas se dirigen a disimular el origen ilícito de los bienes o, si se prefiere, a dar apariencia de licitud al producto o beneficio del delito. Así, la ocultación, el encubrimiento, la conversión, la transmisión y la adquisición suponen un aparente cambio de titularidad que sitúa los bienes en el patrimonio de otra persona ajena a la comisión del delito con el fin de incorporarlo al tráfico jurídico y económico. Ahora bien, cuando el Anteproyecto –normativa vigente después de la entrada en vigor de la LO 5/2010- pretende sancionar a quien simplemente posee o utiliza los bienes conociendo su origen delictivo (o incluso por imprudencia grave), no está incriminando conductas que resulten propiamente de blanqueo, ya que las conductas de poseer o utilizar no suponen necesariamente actos de disimulo del origen de los bienes, porque no comportan, si quiera, un cambio de titularidad real o aparente, como podría suceder en la modalidad de adquisición. Y, en todo caso, si se considera que la posesión o utilización de los bienes por terceras personas ajenas al delito del que provienen son conductas que contribuyen a ocultar o a encubrir el origen ilícito de aquéllos, es obvia la inutilidad de las nuevas modalidades de la acción típica, ya que el artículo 301.1 incrimina expresamente la realización de *cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito*”¹⁸.

Semejante crítica ha sido ratificada con posterioridad por buena parte de la doctrina. Así, Corcoy Bidasolo sobre dicha dualidad ampliatoria, conductas-sujetos, mantiene que se construye un delito con un ámbito de aplicación desmedido y cuestionable desde consideraciones dogmáticas y político-criminales¹⁹, lo que no deja de ser cierto, al menos en esta parte de su estructura.

¹⁸ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 26 de febrero de 2009, p. 120.

¹⁹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Crisis de las garantías constitucionales...*cit, p.166.

La tercera, en esa misma línea de amplitud típica consiste en cambiar el término anterior de “delito” por el de “actividad delictiva” que tampoco es baladí pues conlleva una toma de posición ya adelantada por la jurisprudencia de no exigir como precedente un delito juzgado y sentenciado sino una actividad integrada en el Texto punible como típica.

Añade, en cuarto lugar, en el artículo 301, párrafo 3, junto al existente del párrafo 2º - pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, descritos en los artículos 368 a 372 del Código penal- un nuevo tipo agravado, con igual pena que el anterior, cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V- cohecho-, VI -tráfico de influencias-, VII –malversación-, VIII –fraudes y exacciones ilegales-, IX –negociaciones prohibidas a los funcionarios y de los abusos en el ejercicio de su función- y X –corrupción en las transacciones comerciales e internacionales- del Título XIX –Delitos contra la Administración Pública- o alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI –Delitos sobre la Ordenación del territorio y el urbanismo-.

Asimismo se incorpora de forma expresa, como no podía ser de otra manera dada la posición de los legisladores reformistas de asumir en el artículo 31 bis la responsabilidad genérica de las personas jurídicas, las penas a imponer a dichas personas.

Por último, aunque con incidencia indirecta, la referencia que el número 5 del artículo 301 hace al comiso, que queda intacta, se ve, sin embargo, sacudida por el profundo cambio que el legislador de 2010 desarrolla del artículo 127.

Como toda, o casi toda, modificación del texto punitivo tiene en este aspecto luces y sombras. Posiblemente más de estas que de aquellas. Las más relevantes el excesivo expansionismo de los tipos, tanto en relación a las conductas como a los propios sujetos, que va más allá, en una acomodación tardía y acaso por eso más determinante, a las exigencias internacionales a las que deja cortas en la utilización del Derecho punitivo. En tal sentido, para Del Rosal es fruto de una política criminal internacional en relación al blanqueo de capitales, tan desmesuradamente punitiva que hace caso omiso a los principios más elementales que deben de inspirar el diseño del Derecho penal de una

sociedad democrática avanzada²⁰, más problemático todavía si el legislador como ha hecho el español de 2010 se empeña en una incontrolable política criminal de puro y poco fundamentado expansionismo de más largo recorrido que el de las exigentes premisas internacionales. Dicho lo anterior quiero advertir que mis conclusiones no van más allá de la petición de una adecuación del blanqueo a las mínimas premisas garantistas, lo que en ningún caso quiere decir que el núcleo esencial que fundamenta a este delito esté cuestionado ni tampoco su autonomía como lo referencia la LO 5/2010. En la idea de concretar estas afirmaciones voy como reflexión final, a analizar y valorar los elementos más destacados.

II. ASPECTOS ESENCIALES DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL

Como ya ha sido expuesto, la regulación actual del blanqueo de capitales en el Código penal español es fruto de una intensa evolución de sus contenidos en atención a las normativas internacionales al respecto que influyen de manera notoria en la redacción final, hasta el momento, de esta figura delictiva de hondo alcance y trayectoria social.

1. Denominación y concepto

1.1. Denominación

Una de las novedades que introduce la LO 5/2010 es la utilización del término blanqueo de capitales para ubicar sistemáticamente estas conductas, aunque luego en la precisión de su contenido ni define ni alude nuevamente a semejante terminología, que no es pacífica en la doctrina. Así por ejemplo, Bajo Fernández- Bacigalupo la califican de “desafortunada denominación que, evidentemente, no es una expresión técnica, sino que pertenece a la jerga de la criminalidad económica”. Para mejorarla proponen la de “legitimación de activos”²¹. Otras formas propiciadas por la doctrina e incluso por distintas legislaciones son las de “lavado”, “reciclaje. En tal sentido, la Convención de Palermo utiliza el término “blanqueo del producto del delito”, mientras que el Convenio de Varsovia de 2005 usa indistintamente blanqueo de dinero, de capitales y de los productos del delito, la Directiva 2005/60/CCE se inclina por el blanqueo de capitales,

²⁰ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. “Delito fiscal y blanqueo de capitales: perspectivas ante la nueva reforma del tipo básico del delito fiscal”. *Diario la Ley*, nº 7997, 9 de enero 2013, p. 17

²¹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel-BACIGALIPO, Silvina. *Derecho Penal*, cit., p.715

también la Ley española 10/2010. Sin embargo las Recomendaciones GAFI se adscriben al término lavado de activos.

De todo lo anterior cabe sacar algunas conclusiones a tener en cuenta: a) la fórmula que parece con mayor respaldo legislativo, internacional e interno español, es la de blanqueo de capitales; b) no obstante lo anterior y admitiendo la hipótesis del blanqueo lo que genera más dudas es la referencia a capitales o a dinero o a activos o producto del delito. La primera a dinero es descartable porque en la actualidad los bienes provenientes del delito van más allá del restringido del dinero, pues cabe hacerse de otros muchas formas como, por ejemplo, bienes inmuebles, título valores, cheques²²; en relación a las siguientes, la cuestión adquiere mayor problemática aunque únicamente sea formal ya que en el fondo material del tema puede estimarse como sinónimos uno y otro término y el de producto del delito me parece excesivamente amplio. En consecuencia, dada su utilización normativa frecuente, el amplio arraigo en la doctrina y la aceptación social del término, he de utilizar el de blanqueo de capitales.

1.2. Concepto

A) *Doctrinal*

Algo semejante sucede con la definición de blanqueo de capitales. La doctrina científica ha elaborado diversas opciones sobre dicho concepto. Aránguez Sánchez ve dos líneas de agrupación conceptual en atención esencialmente a la doble finalidad del proceso de blanqueo: ocultación de las ganancias del delito y la introducción de las mismas en la economía legal. Para unos lo que marca la definición será la intención de ocultamiento, siendo la incorporación de los capitales conseguidos por la actividad delictiva en el sistema económico una consecuencia derivada del objetivo prioritario primero; para otros, esto último, por el contrario ha de mostrarse como la base del blanqueo, restando la ocultación a una condición para su disfrute²³. Me inclino decididamente por esta última opción, pues las dos notas esenciales de cualquier

²² En contra de esta apreciación y a favor de la referencia al dinero: ABEL SOUTO, Miguel. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales*. Santiago de Compostela: editorial Universidad, 2002, p.40. En su más reciente trabajo, ya sobre la incidencia de la LO 5/2010 Abel Souto es firmemente beligerante acerca de la utilización del vocablo capitales al que denomina “antitético híbrido de imprecisión y exactitud, ya que supone un contraste entre el laxismo técnico jurídico que entraña el blanqueo y la precisión que se pretende con el segundo”, reiterándose en la bondad y no confusión del término dinero más propicio para los objetivos que se pretenden. ABEL SOUTO, Miguel. “La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio” *La Ley Penal*, nº 79, febrero 2011, p. 4-5 (versión digital).

²³ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo...cit.*, p. 33-34

definición han de estar sustentadas en la procedencia del capital de una actividad delictiva y su reincorporación al sistema económico legal. La ocultación se ha de presentar como un medio de fructífero apoyo al delito precedente cometido y de interés también para la configuración total del alcance del blanqueo de capitales sobre todo desde la perspectiva enumerativa legal, como más adelante veremos.

La doctrina punitiva actual parece que ha optado por esta línea. Algunos ejemplos, sin ánimo de exhaustividad: a) Blanco Cordero propone una definición analítica al estimarlo como “el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita”²⁴; b) Díaz-Maroto Villarejo sigue parecida línea al concretarlo como “el proceso o conjunto de operaciones mediante el cual los bienes o el dinero resultantes de la actividades delictivas, ocultando tal procedencia, se integran en el sistema económico y financiero”²⁵; c) Martínez-Buján Pérez ofrece igualmente un concepto en este caso más cercano a la hipótesis primera, al desarrollarlo como “proceso de ocultación de bienes de origen delictivo con el fin de dotarlos de una apariencia final de legitimidad”²⁶. En todo caso se detectan entre estas definiciones y otras muchas que se podrían mostrar ciertas identidades que me aconsejan delimitar mi propia propuesta como: “el proceso mediante el cual se introducen bienes de origen delictivo, a los que se les dota de una imagen de legalidad, en los diversos sectores de la actividad económica y financiera legal”.

B) Normativo

Desde el punto de vista de las distintas legislaciones y reglamentaciones internacionales no se encuentra con facilidad definiciones verdaderamente conceptuales que aclaren desde esta perspectiva la auténtica dimensión del blanqueo de capitales. Se limitan, que no es poco, las veces que lo hacen a definiciones enumerativas de las conductas que lo integran. Dos muestras, una internacional y otra nacional, con cierto paralelismo.

La Directiva 2005/60 enumera, a efectos de la propia Directiva, en su artículo 1.2 una serie de actividades o conductas que realizadas intencionadamente considera

²⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales cit.*, p.92.

²⁵ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. “El blanqueo de capitales”. *En Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 11 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*. Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2011, p. 456.

²⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico*. 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 495.

blanqueo de capitales: a) la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de su acto; b) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad; c) la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad; d) la participación en alguna de las actividades mencionadas en las letras precedentes, la asociación para cometer ese tipo de actos, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o de facilitar su ejecución. Como puede comprobarse más que una definición del blanqueo de capitales trata de una enumeración de conductas que lo componen, con elementos añadidos de participación y formas especiales de aparición del delito.

Algo semejante sucede con la Ley española 10/2010 que aunque no tiene carácter penal copia exactamente, de igual manera en su artículo 1.2, las descripciones narradas en la Directiva arriba citada.

El texto punitivo español no hace referencia expresa a los que se debe de entender por blanqueo de capitales pero en la enumeración de las conductas típicas que delimitan semejante delito es sumamente cercano, aunque más restrictivo, a las hipótesis anteriormente indicadas, en una especie de interpretación auténtica de su real contenido.

Semejantes indicaciones mezcla de operatividad punitiva y de translación normativa europea explica de alguna manera la expansiva redacción de nuevas conductas a través de la LO 5/2010 y, sobre todo, de los contenidos de la Ley 10/2010 que son consecuencia, sobrepasada, de las exigencias impuestas por la Unión Europea y los Informes del GAFI al Estado español para que adecuara su legislación a las exigencias comunitarias sobre el blanqueo de capitales. Cuestión que España llevó a cabo con lentitud pero con firmeza, posiblemente excesiva.

Pero esta última no es la única razón, sí la más relevante, para el cambio de sistema normativo que supone la Ley 10/2010 y en la parcela referente a los componentes delictivos que alumbran la renovada presencia autónoma del delito de

blanqueo de capitales, la LO 5/2010, pues igualmente se muestra la escasa eficacia del anterior, e incluso del presente, a pesar del poco tiempo de vigencia, si no va acompañado de una serie de actuaciones que suplan las evidentes deficiencias encontradas hasta ahora desde una perspectiva no penal, en la idea de que actuaciones previas a la intervención punitiva, desarrolladas con eficacia, limitarían la intervención de aquella exclusivamente a los supuestos de mayor trascendencia y recortaría el amplísimo concepto de blanqueo de capitales por el que camina nuestro Texto punitivo. Con Fernández Teruelo las resumo: a) necesidad de potenciación de las capacidades de detección entre todos los operadores para que el control real sea equilibrado por intenso en sus más variadas manifestaciones; b) incremento significativo del número de inspectores del SEPLAC; c) mejora de los medios personales y materiales así como formativos de las personas responsables de su persecución; d) fijación de un plan de prevención del blanqueo de capitales orientado esencialmente a las diversas variables de la economía informal²⁷.

2. Bien jurídico protegido

En relación al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales tampoco hay una posición unitaria por parte de la doctrina a pesar de su notoria importancia tanto para comprender la ubicación sistemática de estas infracciones, como su naturaleza autónoma y su propia estructura normativa. Varias son las tendencias seguidas que voy a intentar resumir con la mayor brevedad posible.

En primer lugar, las que se decantan inicialmente por el orden socioeconómico, como bien jurídico tutelado, aunque con evidentes variables en su concreción material: a) Martínez-Buján Pérez estima que la perspectiva socioeconómica ha de ser tenida en cuenta para caracterizar el bien jurídico pero concretado en la idea de licitud de los bienes que circulan en el mercado que ha de ser protegida frente a la incorporación de bienes de procedencia delictiva²⁸; b) Quintero Olivares considera que a pesar de que el blanqueo pueda operativamente servir para la lucha contra diversos sectores de la criminalidad, es un delito que, como tal, afecta al orden socioeconómico, puesto que se trata de un ingreso de capitales generados fuera de los marcos y costos establecidos por los mercados y sin carga tributaria, que dan lugar, y esta es su particularidad, a una

²⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier G. “Blanqueo de Capitales”. En *Memento Experto. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*. Madrid: Ediciones Francis y Taylor, 2010, p.314-315.

²⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico* cit., p.499

desestabilización de las condiciones mismas de la competencia y el mercado²⁹; c) Aránguez Sánchez que se inclina asimismo por el orden socioeconómico como bien jurídico protegido de manera relevante pero concretado a la leal competencia en dicho orden³⁰.

En segundo, las que se alinean con la hipótesis de un bien jurídico pluridisciplinar. Obviamente también aquí hay matices, incluso más que en la anterior. Así para González Rus el bien jurídico protegido es doble: por un lado, el orden socioeconómico, en particular el tráfico ilícito de bienes; por otro, la Administración de Justicia, en su función concreta de prevención y represión de los delitos³¹. En semejante línea, Vidales Rodríguez, Faraldo Cabana³². Zaragoza Aguado, por su parte, se decanta por el orden socioeconómico y por la propia esencia del sistema democrático afectado por la importancia que la estabilidad económica tiene en el orden social y político³³.

De especial interés es la valoración conclusiva que hace Blanco Cordero, quién admitiendo que un análisis del artículo 301 conforme a su naturaleza jurídica revela que se trata de un delito de encubrimiento que, por su esencia, es un delito contra la Administración de Justicia, limita esencialmente esa aseveración al estimar, asimismo, que un adecuado tratamiento jurídico del blanqueo dirige inevitablemente a la afectación del orden socioeconómico, como parece ha tratado de configurarlo el legislador, sobre la base de la libre competencia. En atención a dicha valoración, entiende que de *lege ferenda* el delito de blanqueo debería pivotar sobre ambos conceptos, bien creando un delito pluriofensivo, bien con el diseño de una estructura dual, en las que incluiría un delito contra la administración de justicia y un delito contra la libre competencia, ubicado entre los delitos socioeconómicos³⁴. No veo esta segunda opción que complicaría todavía más la interpretación del delito de blanqueo de capitales

²⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “De la receptación y el blanqueo de capitales”. *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II (artículos 234 a DF. 7ª)*. 6ª ed. Dirección Quintero Olivares-coordinación Morales Prats. Navarra: Aranzadi, 2011, pág.444.

³⁰ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo...cit.*, p.101.

³¹ GONZÁLEZ RUS, Juan José. “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (X): Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural. Delitos societarios. Receptación y blanqueo de capitales”. En *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Coordinación Morillas Cueva, Madrid: Dykinson, 2011, p. 637-638.

³² VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina. *Los delitos...cit.*, p. 92-137- se inclina con prioridad por la Administración de Justicia. FARALDO CABANA, Patricia. “Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995”. *Estudios Penales y Criminológicos*. Tomo XXI, 1998 p.127.

³³ ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. “artículo 301”. En *Comentarios al Código Penal*. Dirección Gómez Tomillo. Valladolid, 2010, p. 1157.

³⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales cit.*, p. 900-904.

de manera unitaria y la primera me parece igualmente compleja de añadir a los que ya hay después de la reforma de 2010.

Una tercera opción de ámbito reducido y pienso que en la actualidad todavía más, dada la regulación autónoma del delito de blanqueo que fija el legislador de 2010, es defendida, entre otros, por Bajo Fernández-Bacigalupo al considerar que la finalidad del mencionado delito al igual que la receptación es la de impedir el delito originario que se está ocultando y, en consecuencia, el bien jurídico de este delito.

Desde mi punto de vista es difícil asumir que dicho bien sea la Administración de Justicia, por muy interpretación extensiva que de ésta y del delito se quiera hacer. Es razonable pensar que un adecuado control del blanqueo de capitales incide en la neutralización del delito precedente, pero ello no quiere decir que esté sometido a su objeto de protección ni a su vinculación con dicha administración. Más lejana todavía concibo la hipótesis del mismo bien jurídico del delito precedente, pues son dos opciones delictivas a diferenciar que incluso pueden concebirse dentro del concurso de delitos. Otra cosa son las deficiencias legislativas en la construcción de los tipos. En definitiva, el bien jurídico protegido por estas normas no puede ser otro que el orden socioeconómico y a partir de ahí en su concreción específica, como derivaciones de él, el mercado, la libre competencia, la licitud de los bienes que circulan en el sistema financiero y económico, etc.

El problema que puede presentar esta opción de bien jurídico colectivo es el difícil acceso a él de conductas de blanqueo que conllevan cantidades mínimas de dinero, complejo hablar aquí de capitales, y que según la descripción sumamente expansionista del tipo tienen ubicación en las tipologías contempladas en la descripción del blanqueo. Algunos autores han querido salvar esta disfuncionalidad con una compleja y criticable teoría de la acumulación³⁵, más de aplicación en el ámbito administrativo que en el penal, como su propio introductor en España reconoce en relación al blanqueo de capitales³⁶, según la cual lo que se ha de tener en cuenta es la reiteración acumulativa de esas cantidades incluso realizadas por otros sujetos. Difícilmente, dicen, se puede pensar que un delito cuyo fruto es de 30 euros puede distorsionar el orden socioeconómico, pero posiblemente si lo cometen un millón de

³⁵ A título de ejemplo: *Ibd.*, p. 233-234.

³⁶ *Vid.*, en este sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 128-136.

agentes económicos la conclusión puede ser otra. Entiendo, al contrario, que la cuestión ha de resolverse con la mirada puesta en una modificación restrictiva del ámbito de aplicación de estos delitos, como más adelante detallaré, y no sobre un paradigma poco servible en el ámbito punitivo como el de los llamados delitos de acumulación.

3. Elementos más destacados del delito a raíz de la reforma 2010

Dada la naturaleza de este trabajo, voy a centrar el resto de la exposición en aquellos elementos más relevantes que han incidido en la actual redacción del blanqueo de capitales en nuestro Texto punitivo, después de la modificación provocada por la Ley 5/2010.

3.1 Conductas típicas

Como ya he explicitado anteriormente, la variable a destacar en este terreno ha sido la incorporación de las conductas de posesión y utilización completándose de esta manera un amplio abanico de hipótesis que dota a la infracción punitiva de un importante alcance. Sobre la totalidad de las acciones a cubrir en relación con los contenidos del artículo 301.1, la doctrina ha elaborado dos hipótesis diferenciadas entre sí y con significación asimismo distinta.

La primera está basada en la unicidad de las conductas descritas, que forman un todo unitario, cuya referencia esencial es la fórmula abierta que contempla el inciso segundo de la descripción y que aparece concretada y dirigida a determinadas finalidades, invocadas por el propio legislador – “o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos”-, siendo la narración explícita del inciso primero estimada como meras fórmulas de ejemplos explicativos -adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir bienes, sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva-. Se opta con esta interpretación por una figura totalmente intencional dirigida a fines de ocultación, encubrimiento o ayuda³⁷.

La segunda se sustenta en la idea de la adscripción no unitaria de las conductas, pues en aquella se advierten, al menos, dos grupos: uno, las que agrupa el inciso inicial;

³⁷ En semejante sentido, entre otros: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte especial*. 18 ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 555-556. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *El blanqueo...cit.*, p. 462-463-. Para este autor semejante interpretación es la más coherente con el origen del tipo penal y con las disposiciones internacionales al respecto, así cuando el sujeto realice los comportamientos descritos en el tipo con un fin distinto a los reseñados “habrá de castigarse, en su caso, por los tipos de receptación (art. 298) o de encubrimiento (art.451)”. p.463.

otro, las del segundo –algunos mantienen tres posibilidades, pues de este último desgajan las de ocultar o encubrir de la de ayudar-. La derivación material de semejante propuesta es de gran interés porque coherentemente con la distinción base que se muestra, las finalidades fijadas en el inciso segundo no son de aplicación al primero, en éste bastará la realización de la conducta pergeñada sea cual sea el objetivo a cubrir, obviamente con la exigencia del conocimiento por parte del sujeto del origen delictivo de los bienes³⁸.

Entre semejante disyuntiva me inclino, sin gran convicción pues supone una variable más del expansionismo que rodea al delito de blanqueo de capitales, por la segunda, más extensiva que la primera pero que responde a los objetivos que parece buscar la formulación legislativa e incluso los textos internacionales por los que trascurren las recomendaciones sobre la punición de estas infracciones. De tal modo, el legislador incorpora una distinción cualitativa, al fijar unas modalidades, las del inciso primero, mínimas y sin otra exigencia que no sea el susodicho saber del origen de los bienes producto de una actividad delictiva, y otras en las que por su mayor generalidad y menor intensidad las acompaña de finalidades específicas. Cuantitativamente, es decir en orden a la punición de ambas, la pena es la misma –prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes-.

En todo caso, se trata de un sistema mixto alternativo lo que significa que con la realización de una de las conductas indicadas se completa la figura delictiva, que ha sido censurado en su descripción general por gran parte de la doctrina científica, a la que me uno, y calificado de “de maraña de conductas y de caótica esquematización (Aránguez³⁹) o de conductas turbulentas y tenebrosas (Abel Souto⁴⁰). Ciertamente no es de las mejores redacciones legislativas, excesivamente reiterativa, a veces confusa, y con un poco explicable interés por integrar todas las variables en un acrisolado precepto que no deja de mostrar algunas incongruencias de difícil aceptación.

Pero todavía más crítico se ha de ser con la incorporación que hace la LO 5/2010 de las conductas de posesión y utilización. A la que Muñoz Conde califica de

³⁸ En tal línea, entre otros: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo...*cit., p. 22-225. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal...*cit., p.507. ABEL SOUTO, Miguel. *El delito de blanqueo en el Código penal español: bien jurídico protegido, conductas típicas, y objeto material tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre*. Barcelona: Bosch, 2005, p. 116 y ss. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo...* cit., p. 448. GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Delitos...*cit., p. 639.

³⁹ ARANGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo...*cit., p. 219-220.

⁴⁰ ABEL SOUTO, Miguel. *El delito de blanqueo...*cit., p. 91.

“ampliación desmesurada del tipo”⁴¹ y el propio Consejo General del Poder Judicial en su Informe estima que semejante añadido “pone de manifiesto una evidente extralimitación con respecto al contenido de los instrumentos jurídicos internacionales”⁴², como más adelante veremos con algo de detenimiento.

3.1.1. Adquirir, convertir, transmitir

Varios son las modalidades de conducta a las que se puede acudir a efectos de su análisis estructural. En primer lugar, las que cabe denominar como comportamientos referenciales del blanqueo y que generalmente están empleadas tanto en las normativas internas –en el Código penal español son una constante típica cuando se aborda este tema desde la dimensión y trayectoria antes valorada- como internacionales –recordar, como ejemplo, que la Directiva 2005/60/CE alude a la conversión o transferencia de bienes en el artículo 1.2 a) y a la adquisición en la letra c)- se refiere, como ya he adelantado a adquirir, convertir, transmitir⁴³. Ninguna de las tres conductas ha sufrido modificación por la LO 5/2010, por lo que a título exclusivamente de interpretación de dichos verbos planteo un escueta síntesis de estas conductas típicas.

Adquirir es ingresar con plena disponibilidad y cambio de titularidad bienes de origen delictivo sea cual sea el título con el que se hace. Se ha planteado por algunos autores que tal transferencia de la propiedad de los bienes a favor del sujeto del delito se ha de realizar mediante contraprestación por lo que no tendría ubicación dentro de ella, por ejemplo la donación, en atención a que el autor del delito precedente no obtiene beneficio de su comisión⁴⁴. La SAP de Málaga 733/2009, de 17 de diciembre se muestra titubeante al respecto cuando afirma por un lado que “a través de la adquisición se incorpora al patrimonio propio ya sea el título de adquisición oneroso o gratuito, debiendo mediar en todo caso alguna contraprestación pues la donación pura y simple de bienes de procedencia ilícita podría ser, en principio, conducta de blanqueo si bien que mediante una adquisición de esta clase no se posibilita el disfrute de los beneficios por autores y partícipes del delito precedente”, pues no parece excesivamente

⁴¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal...* cit., p. 555.

⁴² *Informe CGPJ...* cit., p. 122.

⁴³ Aclaratorio a nivel internacional son los *Comentarios a la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, 1988. Nueva York, 1999, nº 341-369, p. 54-63, en los que se alude a la adquisición, posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del artículo 3.1 de la Convención o de un acto de participación en tal delito o delitos artículo 3.1, letra c, i)) y en el artículo 3. 1. letra b) se acoge la conversión o transferencia de bienes.

⁴⁴ MOLINA MANSILLA Carmen-MOLINA MANSILLA, Luis. *El delito de blanqueo*. Biblioteca virtual Bosch. Última revisión 2013.

compatible la aceptación de un título gratuito, como la donación, con una determinada contraprestación. Es idea en la doctrina mayoritaria, a la que me uno, la no exigencia de contraprestación, que de haberla obviamente también configuraría esta forma de comisión, con lo que la donación y asimismo la herencia deben ser incluidas dentro de semejante descripción⁴⁵.

Gramaticalmente convertir se define como “hacer que alguien o algo se transforme en algo distinto de lo que era”. Asentada sobre esta perspectiva y bajo la posibilidad del doble carácter material, menos frecuente, o inmaterial, más usado, de dicha conducta aplicada al blanqueo, cabe estimarla como la transformación de bienes de procedencia ilícita ya sea de manera inmaterial –invirtiendo en activos, cambiando el dinero en diferente divisa, comprando billetes de lotería premiados-, o material –cambiando el objeto, así fundición de metales preciosos con el señalado objetivo.

Transmitir, a su vez, significa trasladar a otro algo. En clave del artículo en examen, 301, 1, algunos lo concretan de acuerdo con el concepto civil de transmisión, es decir, como traspaso de los derechos sobre los bienes procedentes de un delito⁴⁶. Más ajustado me parece señalarlo como el traslado a terceras personas de los bienes obtenidos de manera ilícita, esto es, a través de una actividad delictiva, bien de una forma material o bien de una formal o jurídica, es decir lo contrario a la adquisición. El empleo de la referencia a derechos puede ser incongruente, aunque con matices ya que es posible generar auténticos derechos transmisibles a otros, con la realidad criminal de su origen.

3.1.2. Poseer, utilizar

En segundo, las más controvertidas de poseer o utilizar. Ambas modalidades fueron suprimidas, con buen criterio, del texto punitivo en relación al blanqueo de capitales por el Código penal de 1995. Antes se contenían en el antiguo artículo 344 bis i) que, como ya he planteado. Intenta integrar en el ámbito punitivo español las diversas normas de carácter internacional elaboradas al respecto, en la mayoría de los casos pensando en los delitos referidos al tráfico de drogas. De todas formas es preciso adelantar un importante matiz de la descripción típica del susodicho artículo 344 bis i) en relación a la redacción actual y es el de la exigencia de haber recibido los bienes –“el

⁴⁵ En tal sentido, PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales*. Madrid: Editorial Derecho Reunidas S.A., 2000, p.423. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo...cit.*, p. 452-453.

⁴⁶ En esta línea: *Ibd.*, p.463.

que adquiriere, posea o utilice bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos (...)”-. Ello es de suma importancia porque como indica Blanco Cordero suponía una notable restricción del ámbito de lo punible, en cuanto si el sujeto no recibía los bienes no era de aplicación el artículo citado. Contrariamente a ello, y en un peligroso afán expansionista, el legislador de 2010 evita esta limitación e incluye, por el contrario, la hipótesis del autoblanqueo a la que más adelante haré referencia.

Verdad es que la legislación internacional es proclive al empleo de ambas conductas. Recuérdese como ella Convención de Viena en su artículo 1. c. i) es referencia casi igual a la redacción del derogado artículo 344 bis i) con idéntica exigencia de recibir los bienes – “La adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos (...)”-. La directiva 2005/60, de incidencia más directa en la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010 del Código penal español, participa de igual contenido.

Pero sobre lo antedicho es necesario destacar varias cuestiones fundamentales en atención a la postura del legislador de 2010, a añadir a la expuesta de no exigencia de recibimiento de los bienes. Por un lado, la no obligatoriedad por parte de aquél de atender la normativa internacional al respecto –como no lo hizo en la redacción original del Código Penal de 1995-, pues aquella misma, como caso paradigmático la reiteradamente citada Convención de Viena, concreta dos niveles cuando comienza el susodicho artículo 3.1. c) con una cláusula de salvaguardia que exceptúa la declaración inicial del artículo 3.1 –“cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente (...)”, letras a y b- con la comprensión restrictiva, ignorada por el legislador español de 2010 de “a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico”, en relación, entre otras, a las conductas de posesión o utilización no contenidas, como se ha explicitado, para las conductas delictivas descritas en las letras 1 a) y 1 b), en las que, la segunda de ellas, contempla las hipótesis de conversión y transferencia de bienes⁴⁷.

⁴⁷ En todo caso esta interpretación correcta desde el punto de vista de la norma internacional citada y asimismo del Convenio de Estrasburgo puede verse frenada si atendemos exclusivamente a las indicaciones europeas, pues en este sentido tanto la Directiva 91/308/CEE, como la Directiva 2001/97/CE, como la más reciente y reiteradamente citada Directiva 2005/60, referencia directa de la LO 5/2010, no contempla dicha causa de reserva por lo que, inicialmente, todas las conductas está obligadas a

Asimismo, la propia naturaleza de las acciones incorporadas de poseer y utilizar. Parece fuera de duda que las conductas tradicionales del blanqueo, como son la adquisición, conversión, transmisión, ocultación, encubrimiento coinciden en el objetivo de disimular el origen ilícito de los bienes o, en sentido contrario, como pone de manifiesto el Informe CGPJ⁴⁸, dar apariencia de licitud al producto o beneficio del delito, lo que supone, en principio, asimismo un cambio de titularidad de los bienes que pasan del ámbito de la persona que comete el delito precedente al patrimonio de otro sujeto que no ha participado en la susodicha realización delictiva en la estrategia de introducir aquellos en el mercado económico o en el tráfico jurídico. No sucede exactamente así con las dos modalidades en valoración, pues según la percepción, que estimo acertada, del propio Informe citado y de parte de la doctrina las referidas acciones de poseer o utilizar no suponen ineludiblemente actos de enmascaramiento del origen de los bienes porque incluso, como ya he afirmado, no suponen un real o aparente cambio de titularidad como acontece con las otras. Cabe estimarse y esta es la opción más seguida en el ámbito estricto de la justificación de la presencia de ambas conductas nuevamente en el Texto punitivo que estén pensadas en la compartida línea de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, lo que reforzaría la valoración negativa porque hay que entenderlas, en esta hipótesis, incluidas ya, en la laxa forma de “realizar cualquier otro acto” y delimitadas exclusivamente para los objetivos marcados para esta última expresión⁴⁹.

ser recogidas por el derecho penal interno. Aquí encuentra Abel Souto la explicación, al menos formal, de la reforma (ABEL SOUTO, Miguel. “La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”. En *La Ley Penal*. Nº 79, 2001, p. 12-13., edición digital). Semejante percepción viene también consolidada por el Informe GAFI 2006 sobre España, en el que entre otras recomendaciones se alude a la no aplicación en toda su extensión de las modalidades descritas por la Convención de Viena y las Convenciones de Palermo, en concreto sobre la posesión o uso del producto del delito. FATF-GAFI. *Financial Action Task Force. Groupe d'action financière. Third mutual evaluation report on anti-money laundering and combating the financing of terrorism. Spain*. 23 de junio 2006, Paris, 2006. p. 28-35. En cualquier caso la referencia a la Convención de Viena –ratificada posteriormente en el informe GAFI 2013: “Los países deben tipificar el lavado de activos en base a la Convención de Viena y la Convención de Palermo”–, nos conduce a la hipótesis original de no obligación internacional de incluir estas formas, por la posible aplicación de la susodicha cláusula restrictiva contenida en la citada Convención, aunque no parece que esa sea la interpretación de GAFI que recomienda la inclusión de los verbos de posesión y uso.

⁴⁸ Informe CGPJ...cit., p. 120.

⁴⁹ Para algunos autores el señalamiento específico de la posesión y utilización hay que interpretarlo como una muestra ejemplificativa, dada su frecuente comisión en la práctica (CARPIO DELGADO, Juana del. “La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales”. En *Revista General del Derecho Penal*. Nº 15, 2011, p. 22 (versión Internet) (“desde una interpretación restrictiva, el papel que cumplen estas conductas es el brindar indicios sobre las características o la naturaleza de todas aquellas conductas que se pretenden incluir dentro del otro acto. Sólo así se conseguiría restringir el ámbito de esta cláusula a las conductas que tengan un alcance similar a las anteriores. Por ello, consideramos innecesario incluir expresamente la posesión o la utilización como conductas de blanqueo,

Además de lo anterior cabe añadir otras dos variables a tener en cuenta para una valoración final de semejante presencia en el artículo 301 de nuestro Texto punitivo.

Una, la combinación entre la inclusión de las figuras de posesión y uso y la amplitud con que se conciben los delitos precedentes, incluidos los delitos contra el patrimonio y socioeconómicos, conduce al disfuncional encuentro, en atención a estos últimos, del blanqueo de capitales con el delito de receptación del artículo 298.1 –aquí con exigencia de no haber intervenido ni como autor ni como cómplice y con el requisito de ayudar a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, con ánimo de lucro- y con el delito de encubrimiento del 451.1º -sin ánimo de lucro pero con iguales exigencias que el anterior-, con lo que, a su vez, se produce una doble variable.

Por un lado, autor de un delito patrimonial o socioeconómico y autor que no participa en el citado delito precedente pero que realiza alguna de las conductas descritas por el artículo 298, es decir actúa como receptor, en coincidencia con las acciones, que en este caso se identifican con la susodicha figura, y se encuentran en el artículo 301, obra como blanqueador. Hay dos delitos autónomos: en relación al primero, supongamos estafa, se aplicará al sujeto que lo ha cometido la pena establecida para semejante infracción; el segundo es algo más complicado pues inciden dos normas, la prevista en el artículo 298 y la del 301, con lo que se está ante un concurso aparente, con aplicación preferente, de acuerdo con el artículo 8 del Código penal, del 301, por ser más especial y de mayor gravedad punitiva.

Por otro, que el sujeto haya intervenido en el delito precedente y realice, además, las conductas descritas como blanqueo –aquí no cabe la receptación porque, como ya se ha visto, en ésta se requiere que el sujeto no haya intervenido en el delito contra el patrimonio o socioeconómico-. En tal supuesto la solución es más compleja relacionada en esencia con las conductas de poseer o utilizar. Se trata de decidir si existen dos delitos diferenciados o, por el contrario, se ha de aplicar uno de ellos solamente. Un sector doctrinal y el Informe CGPJ reiteradamente señalado distinguen entre ambas formas. Así en relación con la posesión se mantiene la hipótesis de prohibición de la doble sanción, en cuanto aunque no está concretamente recogida por el tipo la exclusión

ya que éstas podían tener cabida sin ningún reparo dentro del ‘otro acto’”). En parecida línea, pero antes de la reforma: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL. “Blanqueo de bienes”. En *Enciclopedia Penal Básica*. Dir., Luzón Peña. Granada: Comares, 2002, p 201-207

del que ha cometido el delito y posee los bienes fruto de él, como sucede en la receptación, se fundamenta en atención al principio constitucional del *ne bis in idem*, que impediría de manera genérica la dual incriminación; por el contrario, este argumento no es estimado válido para la utilización de aquellos, que daría lugar a un concurso de delitos entre el previo y el de blanqueo⁵⁰. Otro grupo de autores y Acuerdo de la Sala Penal del Tribunal Supremo parece decantarse por otra vía. Esta última en el Acuerdo de 18 de julio de 2006 estima que el artículo 301 no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente⁵¹. Verdad es que la aseveración está situada antes de la modificación del Código penal de 2010, en la que se incorpora, como reiteradamente he advertido, las conductas de poseer y utilizar, pero también lo es que incluso después se ha mantenido semejante convicción⁵². Esta última, aunque inaudita y desproporcionada es la que se me antoja como la interpretación más adecuada al inflexible texto punitivo que al incorporar los precitados verbos de poseer y utilizar no hace ninguna excepción ni llamamiento diferenciado y marca la línea expansionista de semejante regulación, asentada en la autonomía del delito de blanqueo de capitales.

Otra, y relacionada con la anterior, la criticable posibilidad de que resulte más castigado el hecho de poseer o utilizar que el de haber realizado el delito principal. Efectivamente, en bastantes delitos, fundamentalmente patrimoniales –piénsese en el hurto (pena de prisión de seis a dieciocho meses), estafa (prisión de seis meses a tres años) o apropiación indebida (prisión de seis meses a tres años) la pena a imponer es menor que la que ha resultar por el delito de blanqueo de capitales (pena de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes) circunstancia que se puede dar tanto en el supuesto de diferente sujeto activo en uno y otro delito como, lo que es peor, cuando sea el mismo, casos de autoblanqueo, lo que escapa, como bien planteó el Informe CGPJ, a toda justificación lógica y político-criminal, además de la posible conculcación del principio constitucional de proporcionalidad de las penas⁵³. Para

⁵⁰ Informe CGPJ...cit., p. 123. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo*...cit., p. 474-475

⁵¹ Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 2006. Antes la STS 1273/2005, de 21 de diciembre, se había pronunciado en este sentido al afirmar, entre otros Fundamentos de derecho que “si se produce la coincidencia de autores en actividades de generación y blanqueo nos encontramos ante un evidente concurso real y no ante una modalidad de absorción ya que las conductas adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y con bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados (...)”.

⁵² Entre otros, FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. *Blanqueo de capitales* cit., p.327

⁵³ Informe...cit., p. 123-124. En sentido diferente Abel Souto manifiesta que semejantes afirmaciones desconocen la autonomía o el carácter independiente del blanqueo, que posee un injusto propio y no ha de buscarlo en la infracción antecedente, pues lesiona bienes jurídicos diversos, desconexión entre blanqueo

amortiguar semejante impacto, el Informe planteo, sin éxito posterior, la posibilidad de reproducir aquí una cláusula parecida a las contenidas para la receptación y el encubrimiento: “en ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto”.

De cualquier manera, la única pretensión político-criminal sobre estas dos modalidades de conducta resucitadas por la LO 5/2010 no ha de ser otra que la de su exclusión del texto punitivo. Son muchas más las razones en contra de la mantenida presencia que a favor, si es que las hay en esta última opción. Las reflexiones aludidas y fundamentadas líneas más arriba, su no ineludible exigencia a nivel internacional, la ruptura con un cierto modelo algo más equilibrado en relación al blanqueo de capitales, la propia desnaturalización del delito en análisis que ellas propician al no ser, al menos en el sentido del precepto, conductas de disimulo en su estricta comprensión, así lo aconsejan.

A ello es preciso añadir que combinadas con el autoblanqueo y con la no limitación mínima de la cuantía del bien obtenido a través de la actividad correspondiente conducen a situaciones esperpénticas desde una percepción garantista del Derecho penal y de respeto a sus más relevantes principios, como el de intervención mínima, non bis in idem y proporcionalidad. Piénsese en un individuo que hurta un equipo de música y se lo lleva a su casa para oírlo, suficiente para aplicar el tipo de blanqueo y con la posibilidad de una pena que puede llegar hasta seis años de prisión; o más sorprendente todavía que su mujer y sus hijos, mayores de edad, y sabiendo de su origen, estén ensimismados con la música de Mozart; o lo que es todavía peor los mismo hechos musicales pero realizados por la mujer y los hijos con imprudencia grave –en este supuesto hasta dos años de prisión-. Con razón ante esta desmedida opción legislativa Corcoy Bidasolo invoca la reflexión de los tribunales en la necesidad de “efectuar restricciones típicas tomando como base criterios de proporcionalidad, lesividad material y fundamentalmente del contenido material de la prohibición constitucional del bis in idem”. Demanda de interpretación restrictiva que no ha de oscurecer la del verdadero objetivo antes marcado por mí: su eliminación del texto punitivo.

y delito previo que confirma la no limitación de la pena por la que corresponda a la infracción base” ABEL SOUTO, Miguel. *La expansión penal del blanqueo...*cit, p. 16. Autonomía BIEN, pero no desproporcionalidad.

3.1.3. Otras conductas

En este epígrafe me he de referir muy brevemente a dos bloques de conductas no modificados por la LO 5/2010. El primero de ellos, tercero de los referidos en el número 1 del artículo 301 – realizar cualquier acto para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes-; el segundo, exclusivamente a modo de referencia para completar las diversas hipótesis contenidas en este delito, las recogidas en el número 2 del 301 –ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre bienes o propiedades de los mismos, a sabiendas de que proceden de algunos de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos-.

También criticada por la doctrina ha sido la fórmula empleada por este tercer nivel de conductas típicas. Se está ante una cláusula residual con la que se pretende recoger otras conductas que conducen a semejantes objetivos delictivos pero que no están marcadas expresamente en los bloques anteriores. Se procede, en consecuencia, como advierte Díaz Maroto y Villarejo, a la tipificación indeterminada de actos tendentes a la ocultación, al encubrimiento y al auxilio⁵⁴. Semejante amplitud ha llevado a calificar estas modalidades como “agujero negro, capaz de devorar cualquier conducta que a él se aproxime”⁵⁵. Ciertamente es que, como todas las disposiciones de este tipo, por su amplitud y escasa concreción se aleja de principios tan básicos y exigibles en el orden punitivo, como los de taxatividad y, como derivación, el de legalidad, o seguridad jurídica. Es otra muestra más de expansionismo punitivo, en este caso asentada en ya una larga permanencia en el Código penal, desde su inicio en 1995.

Pero además desde el estricto punto de vista técnico, la fórmula también presenta imprecisiones necesarias de subsanar: el objetivo legislativo parece ser el de posibilitar una especie de cajón de sastre en el que ubicar las conductas válidamente delictivas para conseguir la finalidad prohibida. Lo anterior exige que los actos sean idóneos para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o, desde una perspectiva más personal entre los sujetos, para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, más alejado de la exigencia concreta del origen ilícito de los bienes pero en definitiva con una presencia material en cuanto que al hablar de infracción se está indirectamente introduciéndolo en parecida

⁵⁴ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *El blanqueo...*cit., p.462.

⁵⁵ FABIAN CAPARRÓS, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex S.A., 1998, p. 379.

dinámica, a pesar de que los verbos tengan proyección separada, con similitud entre los dos primeros diferenciados y desigualdad con el tercero (ocultar -Impedir que los bienes se vean, se sepan o se noten-, encubrir –impedir que llegue a saberse el origen ilícito de los bienes; en primera acepción, ocultar dicho origen o no manifestarlo. Ambas de muy similar expresión al ocultar-, por un lado; por otro, ayudar –colaborar, auxiliar a la otra persona que ha cometido el delito-). Su contenido, en ocasiones está muy próximo cuando no identificado con las variedades, número 2 y 3 respectivamente, del encubrimiento tipificado en el artículo 451. En todo caso es preciso advertir que las conductas a incluir en este abierto precepto han de integrarse en una razonable interpretación con el resto de las modalidades expresamente detalladas por el artículo 301, con la suficiente similitud, adecuación e idoneidad para lograr los objetivos antes señalados y nunca desde parámetros analógicos prohibidos por la ley penal.

El segundo aparece descrito en el número 2 del artículo 301. Emplea los mismos verbos de ocultar y encubrir ya valorados en el número 1 y con el disfrute de semejantes objeciones a las expresadas para estos, con el añadido no baladí de la difícil distinción entre ellos. Algún autor ha estimado que este número 2 supone el tipo básico de las conductas descritas en el artículo 301⁵⁶; para otros, significa, por el contrario, un doble enmascaramiento en cuanto la conducta no recae sobre los bienes derivados del delito precedente sino sobre los que ya han sido blanqueados, lo que requiere que dichos bienes hayan padecido una anterior transformación⁵⁷. No es fácil decantarse por una u otra hipótesis no sólo por la identidad de penas sino también, y sobre todo, por la propia redacción legislativa: la referencia “ a los delitos expresados en el apartado anterior” –al margen de estar fuera de lugar dado que después de la LO 5/2010 no se habla de delitos sino de actividad delictiva- al pluralizarse cabe ser entendida como relacionada con los delitos precedentes porque en el artículo 301 se tipifica un solo delito, el de blanqueo de capitales, con múltiples modalidades comisivas, acaso demasiadas; pero además, carece de sentido la repetición en coincidencia de las conductas sobre todo las del número 1, en su vertiente de realizar actos que procuren ocultar o encubrir el origen delictivo de los bienes con las del número 2, lo que deja prácticamente sin aplicación a uno de los dos

⁵⁶ En tal sentido, entre otros: PALOMO DEL ARCO, Andrés. “Receptación y figuras afines”. *Estudios de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 440. En línea cercana que no igual Bajo-Bacigalupo las estiman como otras formas comisivas unidas, sin más, a las del número 1, y referidas a cualquier acto tendente a ocultar el origen ilícito del bien. BAJO, Miguel-BACIGALUPO, Silvana. *Derecho penal económico* cit., p.725.

⁵⁷ En semejante apreciación: ESCRIBIELA CHUMILLA, F. Javier. *Todo Penal*. Madrid: La Ley, 2011, p. 1075. Asimismo: STS 173/2012 de 6 de febrero.

así como, en positivo, la referencia “a un acto de participación en ellos”, que parece avalar, en clave asimismo de redacción, la segunda de las hipótesis. Por todo ello, y a pesar de la deficiente redacción, me inclino por la segunda de las opciones, el blanqueo sucesivo, no también sin limitaciones.

3.2. Objeto material: bienes procedentes de una actividad delictiva

Doble valoración precisa este epígrafe: por un lado situar el concepto y alcance de los bienes; por otro, y es una nueva reforma introducida por la LO 5/2010 que ellos se tengan su origen en una actividad delictiva. Hasta semejante reforma la expresión utilizada era la de delito.

3.2.1. Bienes

Existe a tal respecto una amplia bibliografía doctrinal y también abundantes referencias legislativas y jurisprudenciales. Hagamos un resumen de todo ello.

La Convención de Viena, en su artículo 1 letra q, entiende por bienes “los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”. Concepto que diferencia de producto al definir a éste como “los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3”. Sutil separación que, sin embargo, está íntimamente relacionada entre sí, pues en todo caso el blanqueo se produce sobre los bienes cuyo origen es el producto de la actividad delictiva realizada. La STS 2216/2012, de 5 de diciembre, reconduce “el aparente problema” a entender que los bienes objeto del blanqueo son las “ganancias” obtenidas de esa previa actividad delictiva que constituyen el “producto del delito antecedente y que en su esencia pueden ser “activos de cualquier naturaleza”. En parecido sentido a la Convención de Viena, se muestran el Convenio de Varsovia, en su artículo 9 y el Convenio de Palermo, artículo 2.

La Directiva 2005/60 reproduce parcialmente los contenidos anteriores, aunque con algunas modificaciones e incorporación de nuevas tecnologías y sin definir paralelamente el “producto”, lo que parece positivo. Estima por bien: “todo tipo de activos, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos

o un derecho sobre los mismos”. Esta actualizada versión es la que asume el artículo 1.2 de la ley española 10/2010 con algunos matices de indudable interés para la interpretación de elementos típicos del artículo 301 que, en abstracto, pueden generar cierta confusión. Así diferencia: a) en la propia nominación introductoria, cuando concreta lo que se va a definir como “bienes procedentes de una actividad delictiva”; b) cuando inicia la redacción y alude a “todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito”; c) cuando la finaliza con la incorporación como bien “de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública”.

Sobre semejantes bases hay que sustentar la comprensión del bien, también desde la perspectiva penal, esto es, cuando los actos que dan lugar a dicho bien sean fruto de una “actividad delictiva”, en la propia definición del susodicho artículo 1.2, párrafo tercero de la Ley 10/2010, con la puntualización extensiva, y ya comentada anteriormente, de que entre los reiterados bienes cabe incluir tanto los que moldean el objeto material del delito previo como los que son consecuencia de la transformación de aquéllos⁵⁸.

Una importante cuestión a tener en cuenta y de necesaria modificación, lo que no hizo la Ley 5/2010, es la posible fijación de una cuantía mínima del valor del bien que produce el delito de blanqueo. Parece no solo incongruente sino asimismo rompedor, dadas las características del delito, con los principios de garantía penal, especialmente con el de proporcionalidad, castigar con la misma pena y delito el blanqueo de capitales cuyo bien presenta un valor de 500 euros que el que lo es por 500 millones de euros.

En esta situación, intensificada con la entrada en aplicación de la Ley 5/2010, en la que como ya se ha adelantado y volveré sobre ello, se incluye el autoblanqueo y se extiende la referencia punitiva a una actividad delictiva, la doctrina busca interpretaciones restrictivas del alcance de la norma, a veces sobre sustentos más vocacionales que asentados en fundamentos jurídicos sacados de la regulación del 301. En esta línea, por ejemplo, Quintero Olivares estima que aunque el tipo no lo exige de manera expresa, “del sentido de la Ley puede desprenderse que ha de tratarse de una cantidad razonablemente grande de bienes, pues éstas son disposiciones penales que intervienen tras el fracaso de normas administrativas destinadas al control de movimiento de capitales”⁵⁹. No me ofrece duda la bondad de la valoración citada, pero,

⁵⁸ En semejante línea, entre otros: GÓNZALEZ RUS, Juan José. *Delitos...*cit., p.639.

⁵⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios...*cit., p. 431

a veces, y creo que ésta es una de ellas, la razón y el legislador van por caminos diferentes por lo que no es fácil llegar a semejante conclusión interpretativa si la hacemos sobre el texto escrito para el artículo 301, por muy claro que, desde otras perspectivas, se tenga. En parecido sentido, Fernández Teruelo alude al principio de ofensividad y, en consecuencia, al bien jurídico protegido, el orden socioeconómico, para justificar la no aplicación de este delito a conductas que no tienen capacidad para afectar siquiera mínimamente dicho interés colectivo⁶⁰. También se ha aludido expresamente al principio de insignificancia⁶¹, de dudosa aceptación como tal, porque cuando el legislador estima que una conducta no es lo suficientemente intensa para el Derecho penal no la tipifica caso que no es éste, por lo que cualquiera de la propuestas anteriores es posible que colisionen o, al menos, lo rocen, con el principio de legalidad en su versión más formal. Estamos ante otra muestra de expansionismo incontrolado y de deficiente técnica legislativa

Lo que procede, al menos de lege ferenda, es la incorporación expresa de un límite que, entonces, sí podría ser de insignificancia. El problema, como bien indica Aránguez Sánchez⁶² es cuantificarlo. Varias han sido las propuestas: marcar un mínimo para que pueda hablarse de delito de blanqueo, por ejemplo 12.000 euros o establecerlo en atención proporcional al salario mínimo interprofesional multiplicado por x, lo que vendría a significar lo mismo. De no ser así, lo sugiere el autor en cita, es decir, si no se desea excluir del ámbito punitivo esas hipótesis menores cabe la alternativa de dirigir las a un tipo especialmente atenuado, a una falta o, incluso, lo que me parece más adecuado, al Derecho administrativo sancionador. Mi opción, en dicho sentido, sigue inalterable en la fijación de una determinada frontera pasada la cual la conducta no ha de ser incluida en el tipo de blanqueo –volvemos a los ejemplos de hurto de un televisor, pequeña estafa de 500 euros, etc.- todo eso combinado con que la exigencia de la actividad delictiva se reduzca a delitos graves, como ahora veremos.

3.2.2. Actividad delictiva

Como ya ha sido indicado con anterioridad la LO 5/2010 introdujo un cambio importante en la comprensión de esta figura delictiva al referirse con respecto al delito subyacente a “actividad delictiva”. Varias incógnitas o necesidades interpretativas

⁶⁰ FERNANDEZ TERUELO, Javier. *Memento...*cit., p. 326.

⁶¹ Vid., ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo...*cit., p. 184.

⁶² *Ibd.*

requiere semejante modificación, sobre distintos frentes: por un lado, el propio alcance y significado conceptual; por otro, la concreción de los delitos previos con especial atención a la hipótesis de las faltas como integradoras de esa actividad criminal.

La concreción del delito precedente, por su importancia para el blanqueo, tiene una larga trayectoria en las normativas internacionales y también en las internas. Recuérdese que el blanqueo arranca relacionado con el tráfico de drogas y, por tanto, referido a ese delito –Convención de Viena, LO 1/1988, de 24 de marzo, para España-, pero que inmediatamente se amplía el ámbito de referencia a otros delitos. Así la Convención de Palermo introduce, como ya he descrito, una cláusula general en su artículo 6. 2, a) – cada Estado velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo (descripción de conductas delictivas de blanqueo) a la gama más amplia posible de delitos determinantes- para considerar a continuación, letra b) a estos como todos los delitos graves definidos en el artículo 2 – conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave- y los tipificados con arreglo a los artículos 5 – penalización de la participación en un grupo delictivo organizado-, 8 – penalización de la corrupción-, 23 – penalización de la obstrucción a la justicia-. A ello se añade en el mismo artículo, número y letra, para los casos en los que el Estado Parte opte por una enumeración detallada del delito determinante que “incluirá entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados”. Como puede comprobarse se produce una importante transformación ampliatoria del delito determinante que va a ser una constante en las normativas posteriores. En semejante línea, aunque anterior a la citada Convención, el Código penal de 1995 entre sus modificaciones al respecto alude –en el artículo 301- en relación al delito de origen a todos los graves –se entiende por delito grave, en ese momento, las infracciones que la ley castiga con pena grave, por ejemplo, para la pena de prisión, de más de tres años-. La LO 15/2003 va más allá todavía al evitar cualquier adjetivo y dejar la infracción de origen en un delito, con lo que incluye los delitos graves y menos graves –así todas las infracciones con pena de prisión, entre otras-

La Directiva 2005/60 incorpora en la relación de actividades que estima como blanqueo de capitales, en su artículo 1, los procedentes de una actividad delictiva. A esta la define en el artículo 3.4 como “cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito grave”; con lo que la equipara a un delito de esta naturaleza, entre

los que enumera, entre otros, la corrupción y una serie de infracciones ya desarrolladas en textos anteriores para generalizar en “todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año o, en los Estados en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración mínima superior a seis meses”.

Tal es el sentido que sigue la reforma motivada por la LO 5/2010 que acoge semejante expresión en el artículo 301. Uno de los problemas esenciales que plantea tal identidad gramatical es si procede igualmente una equiparación conceptual. En principio la respuesta ha de ser afirmativa pero con matizaciones. La LO 10/2010 se muestra como una buena fuente interpretativa ya que de igual forma usa dicha terminología con la particularidad de identificar la actividad delictiva con un delito, cualquier delito. Esta es la opción más aceptable, fundamentalmente porque el desvío con relación a los delitos graves que menciona la Directiva 2005/60 cabe comprenderlo en la extensión que se le da en el artículo 33 vigente a los delitos graves –prisión superior a cinco años- y el posible distanciamiento con lo que entiende la susodicha Directiva por delito grave –duración máxima superior a una año e incluso, en los casos señalados, seis meses-. También avala esta interpretación las muy recientes Recomendaciones GAFI 2012 en las que se alude bien es cierto a delitos graves, pero alejados de la distinción de nuestro Texto punitivo, tanto cualitativa como cuantitativa, entre graves y menos graves, mas con la idea base de “incluir la mayor gama de delitos determinantes”.

Si es esta la opción a seguir la pregunta es inmediata ¿por qué el legislador opta por dejar fuera la referencia expresa a delito, con lo que puede pensarse en una nueva ampliación expansionista del término? Entiendo que la razón es puramente operativa en la idea de hacer normativo lo que ya era construcción jurisprudencial: la no necesidad de una sentencia condenatoria que fije como delito la conducta de origen. En tal sentido se manifiestan abundantes sentencias, como, por ejemplo, hace la STS 174/2001, de 29 de septiembre –en caso de tráfico de drogas como delito origen- al poner de manifiesto con respecto al blanqueo de capitales que no “se exige la previa condena por el delito del que proceden los bienes que se aprovechan u ocultan. La ausencia de semejante requisito en el tipo cuestionado es, por lo demás, rigurosamente lógica desde una perspectiva de política criminal puesto que, tratándose de combatir eficazmente un

tráfico de drogas en todos los tramos del circuito económico generado por dicha delincuencia, carecería de sentido esperar, en la persecución penal de estas conductas, a que se declarase la responsabilidad de quien en el tráfico hubiera participado”⁶³.

Sentada la justificación de semejante inclusión abocamos a una de las cuestiones más debatidas y polémicas con que se enfrenta el blanqueo de capitales que no es otra que, excluida la exigencia de sentencia firme para la actividad criminal, la fase y alcance de los medios probatorios necesarios para la concreción real y garantista de tal actividad. Mantenido la dificultad de la prueba directa el tema se desliza hacia el no fácil camino de la prueba indiciaria asumida tanto por el Tribunal Constitucional – SSTC: 174/1985, de 17 de diciembre, 175/85, de 17 de diciembre, 229/1988, de 1 de diciembre- como por el Tribunal Supremo, sobre la base que, en principio, no se opone a la presunción de inocencia siempre que la convicción judicial en el concreto proceso penal se pueda sustentar sobre indicios basados en hechos concluyentes y plenamente acreditados, relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o contraindicios, razonablemente explicitados y nunca basados en meras sospechas o conjeturas⁶⁴. Incluso así, hay que ser sumamente cautelosos para no convertir lo que entiendo como una excepción frente a la exigencia prioritaria de pruebas directas para evitar, a través de semejantes mecanismo justificadores, limitar derechos fundamentales de garantía penal y procesal, y convertir lo excepcional en normal; inclinación que no deja de darse en este y otros aspectos parecidos con demasiada frecuencia para las exigencias del Estado de Derecho.

En definitiva, sobre la aseveración inicial de la no exigencia de condena previa en el delito origen del que proviene el bien objeto de blanqueo la prueba indiciaria adquiere su potencial presencia como medio en ocasiones único para la acreditación delictiva de esta última infracción. Sobre dicha premisa es jurisprudencia constante la presentación de tres reglas fundamentales para solapar las coordinadas básicas del principio de presunción de inocencia: a) la reiterada no exigencia de condena previa del delito base del que deriva el bien blanqueado; b) la prueba indiciaria constituye el medio más idóneo y, en la mayoría de los supuestos, el único posible para concretar su comisión; c)

⁶³ En semejante línea, sentencias, entre otras muchas, STSS: 8288/2003, de 19 de diciembre, 141/2006, de 27 de enero, 483/2007, de 4 junio, 811/2012, de 30 de octubre, 857/2012, de 9 de noviembre, 974/2012, de 5 de diciembre. En la doctrina, como muestra: FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. *Blanqueo de capitales* cit., p. 324-325. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo...cit.*, p. 247.

⁶⁴ En tal sentido vid: STS 1704/2001, de 29 de septiembre. En parecido: SSTS: 1501/2003, de 19 de diciembre, 811/2012, de 30 de octubre, 974/2012, de 5 de diciembre.

los indicios que han de concurrir se muestran en la siguiente trilogía, sin perjuicio de otros adicionales que consoliden la convicción –a’) el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; b’) la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias; c’) la constatación de algún vínculo o conexión con las actividades delictivas base o con personas o grupos relacionados con ellas⁶⁵. Añadir como adicionales, entre otras: existencia de complejos entramados societarios con la única finalidad de sanear los capitales ilícitos para incorporarlos en el tráfico mercantil y financiero, creación de sociedades pantalla con el objetivo de soslayar las consecuencias provenientes de la procedencia delictiva de los capitales, naturaleza y forma de las operaciones económicas llevadas a cabo, como puede ser el uso de grandes cantidades de dinero en metálico, aperturas de cuentas por cortos periodos de tiempo, ausencia de movimientos fundamentados en actividades comerciales legítimas, elevada posesión de divisas, fraccionamiento de depósitos bancarios⁶⁶.

En definitiva de la doctrina jurisprudencial asentada cabe desprender que aun estimando que la existencia de una actividad delictiva constituye un elemento objetivo (normativo) del tipo y su prueba condición asimismo de tipicidad, en ningún caso la jurisprudencia requiere que hubiera procedido sentencia condenatoria firme, bastando con que el sujeto activo conozca que los bienes tengan como origen un hecho típico y antijurídico e, incluso, ni siquiera se considera preciso que se determine la autoría del delito precedente “por cuanto tal requisito, necesidad de condena previa, haría imposible en la práctica la aplicación del tipo de blanqueo”⁶⁷. Insisto para finalizar con esta cuestión, que la aceptación constitucional de indicios está planteada, y así ha de seguir, como una clara y no especialmente armada excepción a la regla contenida en el

⁶⁵ STS811/2012, de 30 de octubre.

⁶⁶ Entre otras muchas, SSTs: 173/2012, de 6 febrero, 685/2012, de 20 de febrero, 811/2012, 30 de octubre, 857/2012, 9 de noviembre 138/2013, de 6 de febrero. Interesante igualmente es la SAP de Málaga 179/2013 de 16 de abril, en la que sobre las descritas premisas se presentan tres fases de la actividad del blanqueo: a) de colocación –el dinero entra por primera vez en el sistema financiero o en el mercado lícito-; b) de encubrimiento o ensombrecimiento –las actividades van dirigidas a la total ocultación de la fuente o propiedad de los bienes, “se maquilla su origen”; c) de integración –se produce cuando los bienes, sean dinero u otros, después de innumerables operaciones, generalmente de alta sofisticación, vuelve al circuito financiero legítimo, adecuadamente confundido o mezclado con otras actividades lícitas del propio sistema, entre los que destaca la circulación de capitales, a través de redes plural de sociedades, la mayoría en el extranjero en territorios “no colaboradores of shore o vulgarmente conocidos como paraísos fiscales.

⁶⁷ STS 857/2012, de noviembre.

artículo 11. 1 de la LOPJ –“En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”-. Dicho esto conviene precisar y de esta forma lo hace nuestro Tribunal Constitucional que llevar al infinito la prohibición derivada del susodicho artículo 11 podría conducir a ciertas disfuncionalidades con otros derechos fundamentales individuales y colectivos por lo que cabe admitir excepcionalmente algún factor de corrección mínimo y para muy concretas ocasiones, una de ellas puede ser la aquí valorada, de la que en ningún caso se ha de hacer uso desmesurado sino excepcional y siempre suficientemente razonado.

Dicho todo lo anterior cabe afirmar como síntesis conclusiva que, a pesar de la amplitud conceptual que puede pensarse para la expresión actividad delictiva, ésta ha de quedar delimitada en el Derecho positivo español exclusivamente a los delitos con exclusión de las faltas. Semejante afirmación se me presenta como rotunda dadas las características y alcance de éstas y la propia estructura del delito de blanqueo de capitales. Además está asentada en las siguientes razones: a) el mismo legislador emplea el término delito en los números 2 y 4 del artículo 301; b) la inclusión de las faltas rompería cualquier tipo de proporcionalidad y alejaría todavía más a este delito del principio de intervención mínima; c) la ley 10/2010, como se ha visto, aunque usa el mismo término de actividad delictiva, la concreta en aquella que tenga origen en un delito; d) la referencias internacionales están, generalmente, precisadas sobre delitos graves; e) toda la evolución legislativo-penal en España ha estado marcada por la idea de delito como base del blanqueo –tráfico de drogas, en un inicio, delitos graves o simplemente delitos-. La única posibilidad de afectación de las faltas a estas tipologías es su discutible transformación en delito, cuando éstas, por ejemplo en el hurto, su acción, descrita en el apartado 1 del artículo 623, se realice tres veces en el plazo de un año. Opción valorada, al menos por mí, negativamente y que en cualquier caso no deja de presentarse como delito.

Dicha posición todavía ha de ser matizada. De lege data no se ofrecen dudas, y así lo he reafirmado líneas más arriba, de la extensión de la actividad delictiva a todos los delitos con exclusión de las faltas. De lege ferenda, sin embargo, estimo se ha de reducir a los delitos graves, con algunas incorporaciones especialmente tasadas de delitos menos graves por su relación directa con la posibilidad de generar blanqueo y en cuantías también determinadas. Esta última referencia podría ser a actividades

delictivas cuya base sean infracciones tales como delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, diversas variedades de corrupción, delitos societarios, estafas, apropiaciones indebidas, por mostrar algunos ejemplos, de los cuales se deriven bienes que por su cuantía puedan pasar a constituir materia del delito de blanqueo de capitales –la otra hipótesis es fijar una cantidad determinada para que estas infracciones se incluyan como actividad delictiva del artículo 301-.

Por determinados autores y jurisprudencia se ha planteado, más en el pasado que en el presente, la duda de si el delito fiscal cabe ser incluido como precedente del delito de blanqueo de capitales. Con la postura tomada en este escrito es necesario adelantar mi convicción de que, según la legislación actual, ha de ser incluido junto a todos los demás.

Dos hipótesis se han mostrado, no obstante. En primer lugar la negativa, fundamentada esencialmente en que el delito previsto en el artículo 305 del Texto punitivo no puede considerarse como delito antecedente del de blanqueo de capitales en cuanto la cuota tributaria no tiene origen delictivo o ilícito. En tal sentido se manifiesta Fernández Teruelo, incluso después de la LO 5/2010, al entender que el producto –bienes o dinero- del delito subyacente ya está en el patrimonio del sujeto, por lo que no son bienes provenientes de ninguna actividad delictiva, con la excepción del fraude de subvenciones –al que no estoy atendiendo en este momento-, que además, después de la reforma de aquella con la inclusión de la posesión, semejante elemento del tipo ya se ha producido incluso antes de empezar la ejecución del delito subyacente⁶⁸. La STS 974/2002, de 5 de diciembre, sintetiza los argumentos en contra utilizados: a) relacionado con el objeto material –la cuota defraudada no es la originada en el delito de fraude fiscal y el artículo 301 requiere que los bienes tengan su origen en un delito versus actividad criminal, b) relacionado con la conducta típica, en atención a la vulneración del principio non bis in idem –al menos que el defraudador se arrepienta y después del fraude ingrese el dinero en la Hacienda Pública “algo tiene que hacer con el dinero no declarado, o lo transmite, o lo convierte u oculta su ubicación”. Sobre esta apreciación se mantiene que el delito fiscal ya contempla, abarca y castiga el desvalor que supone el hecho de que el sujeto en vez de ingresar se lo gasta en otras cosas-; c) relacionado con la política criminal –el delito de blanqueo se ha convertido en un instrumento de control y de recaudación fiscal, en

⁶⁸ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. *Blanqueo de capitales* cit., p.325.

lugar de su esencia referencial de infracción dirigida a perseguir penalmente la legitimación de los bienes procedentes de actividades delictivas, lo que produce una pérdida de orientación político criminal al trivializar su contenido y, en consecuencia, paralizar su eficacia-.

En segundo lugar, la positiva, mayoritaria en la doctrina⁶⁹ e iniciada por la jurisprudencia más reciente⁷⁰ que aboga por la estimación del delito fiscal como delito previo para el blanqueo de capitales. Blanco Cordero lo sitúa con criterio restrictivo en relación con la cuota tributaria, cuando supere los límites fijados por el propio Código penal, a la que caracteriza como un bien procedente de una actividad delictiva y, como tal, idóneo para realizar las conductas típicas del blanqueo de capitales; otra cosa son el conjunto de bienes no sometidos a tributación y que configuran la base imponible, “porque no resultan contaminados por el delito fiscal”⁷¹.

Esta última, con la que coincido, se presenta como la interpretación más adecuada para resolver la cuestión en debate y que parece avalada por la manifestación expresa que la Ley 10/2010 hace cuando añade en su definición de bien del artículo 1.1.d) “con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública”⁷². No procede, por tanto, asumir ni las razones esgrimidas en contra de su aceptación desde el objeto material, la conducta típica o las de política criminal antes expuestas. El núcleo esencial del delito del artículo 305 es la elusión del pago de tributos, a través de una defraudación a la Hacienda Pública en sus diversas variables, lo que a sensu contrario supone la obligación del pago de la cuota tributaria correspondiente. El artículo 58.1 de la Ley General Tributaria se refiere a la deuda tributaria como “la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta”. Dicha cuota defraudada es la que puede constituir el objeto material del delito de blanqueo de capitales y que el artículo 305 sitúa en más de ciento veinte mil euros. Ciertamente es que semejante cantidad

⁶⁹ En este sentido, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo...*cit., p.187. PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo...*cit., p. 715-716. BLANCO CORDERO, Isidoro. “El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales”. En *Revista Electrónica de Ciencia penal y criminología*, 2011, p. 4 y ss. MALLADA FERNÁNDEZ, Covadonga. *Blanqueo de capitales...*cit., p. 172-177.

⁷⁰ STS 974/2012, de 5 de diciembre.

⁷¹ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo...*cit., p. 439.

⁷² A Blanco Cordero, sin embargo, tal referencia más que aclarar el polémico tema le genera otra nueva discusión que llega a desconcertar al intérprete en cuanto es difícil de concretar lo que pretende el legislador. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito fiscal...*cit., p. 4. Para mí se trata de una interpretación auténtica del legislador, en este caso no penal, que puede orientar y completar el significado punitivo del objeto material del delito de blanqueo en su relación con el delito fiscal.

ya está en el patrimonio del sujeto como parte del mismo pero tal situación no imposibilita su apreciación como referente del blanqueo, aunque sí genera algunas dificultades necesarias de subsanar.

En primer lugar, es preciso distinguir qué parte del patrimonio se contamina y concretar la existencia de una conexión de tipo causal entre el bien y la actividad delictiva previa, en este caso el delito fiscal. En ambos supuestos, la respuesta hay que dirigirla a la cuantía de la deuda tributaria que, como cuota defraudada, supone un bien en línea con los contenidos del artículo 301 que incide como perjuicio para la Hacienda Pública y como beneficio para el sujeto defraudador, con lo que cabe perfectamente incluir tales actividades como delictivas dentro de las exigencias del blanqueo de capitales⁷³.

En segundo, y al hilo de la primera de las cuestiones, el problema desde la perspectiva material se complica en el momento de identificar los concretos bienes dentro del patrimonio del sujeto defraudador que integran la cuota tributaria, problemas que se acrecientan desde su dimensión temporal –en estos supuestos de blanqueo, como se ha repetido, no se requiere necesariamente una sentencia condenatoria, pero para fijar la actividad delictiva se precisa que por un lado, la causa preceda al resultado, esto es, que el delito fiscal anteceda a la susodicha cuota tributaria que configura el objeto material del delito contenido en el artículo 301; por otro, como bien explica Blanco Cordero⁷⁴, hasta que no se culminen los plazos administrativos fijados por la legislación tributaria para la exigida declaración y conformación de la reiterada cuota no cabe, todavía, estimar cantidad alguna para configurar el blanqueo o, más complejo aún aunque en la misma línea, que el acto de liquidación definitiva por la Agencia tributaria se cierre con bastante posterioridad al vencimiento- o desde la individualización concreta de los bienes que constituyen la cuota tributaria que pueden estar, en la mayoría de los casos es así, dentro de un patrimonio genérico del sujeto con lo que su individualización es sumamente compleja –varias hipótesis de solución ha planteado la doctrina, sobre todo alemana: a) imposibilidad de fijar el bien concreto que configura la cuota tributaria, con lo que según los parámetros que estamos siguiendo sería muy difícil hablar del delito de blanqueo de capitales, que requiere la concreción de un bien determinado precedente

⁷³ En tal sentido: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito fiscal...*cit., p. 21-24. MALLADA FERNÁNDEZ, Covadonga. *Blanqueo de capitales...*cit., p. 175-176. STS 974/2012, de 5 de diciembre.

⁷⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito fiscal...*cit., p. 24-34.

de una actividad delictiva, b) que el sujeto responda con todo su patrimonio, lo que, en principio, puede ser viable desde una perspectiva de respuesta administrativa pero complicado desde la penal donde el delito de blanqueo actuaría sobre bienes indiscriminados, contaminados por la actividad delictiva pero al mismo tiempo sobre otros no originarios del delito previo, incluso procedentes de actividades lícitas; c) delimitar los bienes contaminados únicamente a la unidad patrimonial en los que se halla la cuota tributaria y los bienes en relación a los cuales no se pagan tributos – cuestión que al margen de la dificultad de determinación reitera las debilidades de la anterior hipótesis. A ello cabe unir, como más dificultades, los supuestos ya antes aludidos de mezcla de bienes originarios de actividades lícitas con los de procedencia ilícita. También y desde otra perspectiva la posibilidad de descontaminación de la cuota tributaria bien a través de la despenalización del delito base –el delito fiscal-, parece que impensable, y así debe ser, en el actual Derecho penal, bien en una relativización todavía más cuestionable por medio de la prescripción o de la perturbadora figura de la regularización tributaria.

En este último sentido, ha venido a complicar todavía más la situación la discutible reforma llevada a cabo por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, la que añade una última y demoledora frase, al final del número 1 del artículo 305 –“salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo”⁷⁵-, que marca, todavía si cabe con mayor firmeza, el objetivo recaudador del legislador/gobierno y el desprecio por los objetivos fundamentales del Derecho penal moderno sustentados en la protección de bienes jurídicos a través de la prevención general y especial, discutidos y alejados con la ya presente regulación tributaria contenida en el número 4 del artículo 305 e incrementados todavía más con esta traslación al propio tipo del número 1. Nuevo incentivo para el defraudador tributario que se convierte en un ciudadano privilegiado que puede asumir los riesgos propios de

⁷⁵ El texto completo del número 1 del artículo 305 queda: “1. El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo”.

su actuar delictivo en la seguridad de que si es descubierto siempre tendrá la oportunidad de regularizar su situación y aquí paz y a seguir defraudando.

En su relación con el blanqueo de capitales dicha modificación supone una nueva alteración interpretativa al respecto. Si se parte de la naturaleza de tal regulación parece evidente al menos según la Exposición de Motivos de la Ley, la que, curiosamente, introduce como su finalidad efectuar mejoras técnicas en la tipificación de los delitos contra la Hacienda Pública en el artículo 305 del Código Penal, “que tienen por objeto facilitar la persecución de estos delitos y corregir algunas deficiencias advertidas en su aplicación”, para inmediatamente dar la cara en sus verdaderas intenciones al asegurar que tal configuración legal de la regularización tributaria entendida como el reverso del delito que neutraliza completamente el desvalor de la conducta y el desvalor del resultado, considera que la regularización de la situación tributaria hace desaparecer el injusto derivado del inicial incumplimiento de la obligación tributaria y así se refleja en la nueva redacción del tipo delictivo que anuda a 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 una excusa absolutoria, parece, según mi interpretación, ubicarla directamente como un elemento del tipo sin el cual, es decir hasta que se le haya notificado por la administración tributaria la iniciación de las actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de dichas deudas tributarias objeto de la regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, hasta que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de las diligencias. Se crea de esta forma una extraña figura de atipicidad sobrevenida que genera la confusa quimera de que, como advierten Serrano González de Murillo-Merino Jara⁷⁶, antes del descubrimiento notificado parecía no existir ni defraudación ni dolo de defraudar, únicamente con aquél, ajeno al sujeto defraudador, por una especie de arte de magia lo atípico se transforma en típico, el dolo se consolida así como el resultado defraudatorio, y ya si se vislumbra en la lejanía del

⁷⁶ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis-MERINO JARA, Isaac. “Pasado, presente y futuro de las regulaciones tributarias en Derecho Penal”. En *La Ley*, 2013, nº 8052, p. 6.

descubrimiento una actividad delictiva que ha de dar paso a la posibilidad delictiva del blanqueo. Un poco absurdo.

Para paliar este impacto justificativo, algún autor⁷⁷ ha querido derivar la naturaleza de semejante estropicio en su estimación como excusa absolutoria o condición objetiva de punibilidad, en atención, esta última, a la notificación del descubrimiento del delito, de no fácil casamiento con la realidad normativa de la modificación señalada y con las finalidades pretendidas que desbordan la apreciación restrictiva de la regularización.

En todo caso, la pretensión última del legislador de 2012 es de esta forma, técnicamente incorrecta y dogmáticamente reprobable, garantizar al defraudador que regulariza la no persecución por el delito de blanqueo de capitales, lo que lleva a afirmar a Del Rosal Blasco que no deja de ser, semejante pretensión, una peculiar forma de hacer política criminal, porque no es que se utilice el Derecho penal para objetivos tan discutibles como los puramente recaudatorios, que ya sería negativo, sino que es “lisa y llanamente, manipular el Derecho Penal, violentando sus estructuras lógico-sistemáticas, echando por tierra años de depurado desarrollo técnico jurídico de la teoría jurídica del delito y de configuración de un Derecho Penal democrático y garantista en las sociedades avanzadas”. Poco que añadir a semejante reflexión completa de realismo jurídico y de acertada valoración jurídico-penal. No deja de sorprender que un legislador tan expansionista con el delito de blanqueo de capitales que lo hace ir a situaciones inconcebibles de bagatela sea tan restrictivo y comprensivo con la persecución real del delito fiscal versus blanqueo.

3.3. Autoblanqueo

Otra figura sumamente perturbadora introducida por la reforma de 2010 es la del autoblanqueo. El legislador español, como ya ha sido advertido, yendo posiblemente más allá incluso de las indicaciones internacionales se apresura a incorporar ésta muy discutible figura que combinada con el resto de las novedades del artículo 301 del Código penal muestra la más radical versión de expansionismo punitivo en una cuestión en la que para los comportamientos intensos en su gravedad es hasta comprensible semejante respuesta penal pero que al ampliar de forma tan desmesurada el ámbito de aplicación –alcanza a situaciones que podemos estimar como bagatelas lo

⁷⁷ En su desarrollo: *Ibd.*, p. 7-10

que la hace de dudosa adecuación a los principios básicos del Estado garantista y desvirtúa su propia esencia delictiva.

Como se ha expuesto y valorado anteriormente la reforma de 2010 incorpora las conductas de poseer y utilizar, utiliza el concepto de actividad delictiva para marcar la conducta de origen y, lo que ahora nos interesa, amplía a que fuere cometida “por el sujeto o por cualquier otra persona”. Ello conlleva la aceptación de que el sujeto que realiza el delito precedente pueda también cometer el de blanqueo de capitales.

La base justificadora de tal opción se viene sustentando por exigencias internacionales y por adecuación con previsiones jurisprudenciales. En ninguno de los dos casos es totalmente cierto. Con relación a lo primero si bien es verdad que en varias normas de este carácter se plantea la cuestión, así por ejemplo, por citar dos, Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (número 141 del Consejo de Europa), de 8 de noviembre de 1990 y Convención de Palermo, también lo es que en ambos casos se contiene una cláusula de posible exoneración del siguiente tenor “ puede establecerse que los delitos previstos en dicho párrafo- blanqueo de capitales- no sean de aplicación para las personas que cometieron el delito principal” (artículo 6.2.b, del primero) o “si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante” (artículo 6.2.e, de la segunda), con lo que se abre un aprovechable margen para no regular el autoblanqueo.

La jurisprudencia por su parte es dispar en cuanto a la solución del tema. Por un lado, un bloque de sentencias manifiesta su alejamiento de semejante hipótesis. De este modo, la STS 165/2010, de 28 de junio, plantea la desconexión del blanqueo con los autores materiales del delito del que proceden las ganancias ilícitas como requisito para la aplicación del tipo del art. 301 CP, esto es, el sujeto del delito no debe haber intervenido en el delito origen ni como autor ni como cómplice⁷⁸. Por otro, y en sentido contrario se manifiesta otro grupo de sentencias⁷⁹, posiblemente mayoritario, que se ve

⁷⁸ SSTS, entre otras: 1034/2005, de 14 de mayo, 986/2006, de 19 de junio, 115/2007, de 22 de enero,

⁷⁹ En tal sentido SSTS 1637/2000, de 10 de enero, 1273/2005, de 21 de diciembre, 449/2006, de 14 de abril, 57/2008, 25 de enero, 309/2010, de 31 de marzo. Esta última antesala de la Reforma 2010 es clara cuando manifiesta que “el blanqueo efectuado por el acusado, procedente de operaciones de tráfico de drogas anteriores en el tiempo no es obstáculo para la punición del delito de blanqueo. Se está ante dos delitos, unidos en concurso real, de conformidad con el acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 18 de julio de 2006 (STS 1260/2006, 1 de diciembre), pues si se produce la coincidencia de autores en actividades de

reafirmado por el citado con anterioridad Acuerdo no jurisdiccional del pleno de la Sala segunda del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2006 en el que se asume que el artículo 301 no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente. Semejante confrontación de hipótesis delictivas se produce antes de la modificación de 2010 que toma partido con claridad por la segunda de las opciones, única interpretación que entiendo puede hacerse después de su entrada en vigor por muy en desacuerdo que se esté.

La doctrina igualmente marca diferencias en cuanto a la valoración de esta figura. Para algunos, por ejemplo Berdugo Gómez de la Torre- Fabián Caparrós, tal decisión legislativa es la correcta, dado que responde a la propia sustantividad de este delito, otorga adecuada respuesta a su propio desvalor y es la más coherente con los compromisos asumidos por España ante la Comunidad internacional⁸⁰. Otros intentan marcar una cierta valoración más restrictiva, así Abel Souto sobre la idea base de que el tenor literal del artículo 301 obliga a la aceptación de la responsabilidad penal dual, intenta para evitar la posibilidad de un indeseable *bis in idem* interpretar el tipo en el sentido de que la posesión por los autores o partícipes en el hecho precedente únicamente puede castigarse como blanqueo cuando no quepa sancionarse por el delito previo e, incluso, para la conducta de utilización de los bienes de más complicada neutralización en la dual aplicación de ambos tipos en concurso de delitos, el autor excluye esta hipótesis sobre la base, ya comentada del principio de insignificancia y de una interpretación teleológica fundamentada en el bien jurídico orden socioeconómico y la idoneidad de los comportamientos para incorporar capitales ilícitos al tráfico

generación y blanqueo nos encontraremos ante un evidente concurso real y no ante un modalidad de absorción ya que las conductas adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y con bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados. En consecuencia no existe duplicidad sancionadora y la decisión adoptada respecto de la participación e incriminación doble de los delitos contra la salud pública y blanqueo de dinero está ajustada a la más estricta legalidad (STS 1597/2005, 21 de diciembre). Pues bien, en el supuesto que nos ocupa el riesgo de una doble incriminación por el mismo hecho y, por tanto, el desbordamiento de la medida de culpabilidad, no se produce en el presente caso. El recurrente forma parte de una estructura permanente, dedicada a la transformación de ganancias que vienen obteniéndose a lo largo de un período de tiempo muy superior a la franja cronológica en la que ha quedado delimitado el objeto del proceso. Basta comprobar el informe acerca de la ausencia de toda actividad económica por parte de los acusados, para concluir que el dinero aprehendido, los inmuebles objeto de transacción, los automóviles a nombre del recurrente y otros acusados, son la mejor muestra de que no se está sancionando el mismo hecho. Se trata de dos secuencias claramente diferenciadas. De una parte, las ganancias obtenidas en actividades anteriores ajenas al presente proceso. De otra parte, la aprehensión de unas cantidades de cocaína que todavía no habían proporcionada ganancia en efectivo susceptible de ser blanqueada.

⁸⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio-FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. La “emancipación”...cit., p. 11. En parecido sentido: DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *El blanqueo*...cit., p. 467.

económico –posición ésta que puede estar más cercana al deber ser que al ser real de la tipificación actual donde tiene difícil cabida, al menos formalmente sobre las premisas del principio de legalidad⁸¹. Un tercer grupo, entre los que me incluyo, parten de la inevitable aceptación del contenido típico y, por tanto, de la inclusión del autoblanqueo, lo que no impide, sino todo lo contrario, una fuerte crítica sobre la fórmula empleada⁸².

No cabe negar que según la normativa internacional el legislador español puede, ha podido, incorporar el autoblanqueo dentro del artículo 301. Sin embargo, la permisiva opción de decisión que ofrecen algunas propuestas de aquella hubiera sido determinante para evadir semejante expansiva posibilidad más a criticar que a aplaudir y, en consecuencia, haber mantenido el autoblanqueo impune como parte relevante del agotamiento del delito previo. No ha sido así y puede ser comprendido, aunque técnica y conceptualmente me es difícil, para lo que en esencia debe ser el delito de blanqueo, grandes entramados económico, empresas ficticias, superpuestas, en las que los autores y partícipes en delitos tales como tráfico de drogas, terrorismo, tráfico de órganos, tráfico de personas, delitos financieros o cualquier otro supuesto criminal realizado bajo el paraguas de delincuencia organizada o sobre sumas ingentes de dinero u otro tipo de bienes en las que los sujetos de la actividad criminal precedente mantienen estructuras de este tipo para incorporarlos en el sistema económico legal. Pero junto a ello se añade la posibilidad, mayoritaria, de hipótesis cuantitativas sin especial intensidad en cuanto a los bienes a blanquear en las que junto a la descripción de conductas tales como poseer o utilizar o la falta de un límite mínimo para el objeto material del delito se consiente como infracción delictiva el analizado autoblanqueo lo que conduce a una exagerada intervención penal que puede provocar situaciones en las que lo razonablemente indicado es la absorción de posible delito de blanqueo integrado en el mecanismo total del agotamiento del delito previo cometido y no su doble punición concursal. Lo contrario puede encender las rojas luces de su escasa legitimación, falta respeto al principio de intervención mínima y desorientación técnica sobre el alcance del delito previo cometido.

En tal sentido Corcoy Bidasolo alude a una eventual inconstitucionalidad de semejante figura del autoblanqueo que, en definitiva, lo que hace es eludir la prohibición de bis in idem, convertir un concurso de leyes en concurso de delitos por ser

⁸¹ ABEL SOUTO, Miguel. *La expansión...*cit., p. 10.

⁸² En tal línea crítica: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Crisis de las garantías constitucionales...*cit., p.168.

el blanqueo un acto posterior copenado para el responsable del delito originario, castigar el agotamiento delictivo, para lo que no son sino supuestos de autoencubrimiento en los que difícilmente cabe exigir otro comportamiento⁸³. Si no llegar a tanto, aunque las razones esgrimidas son del suficiente peso para, al menos, dudar de su constitucionalidad, sí es absolutamente imprescindible una revisión a fondo de sus elementos constitutivos y si ella lleva a su supresión, mejor.

* * * * *

⁸³ *Ibd.*

La apropiación indebida en la pareja. Amor, codicia y desamor*

~Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas~

Prof. titular de Derecho Penal. Univ. de Alcalá (España). Patrona de la FICP.

FASE AMOR

Volemos, viajemos hacia el instante, al momento en que un enamorado le pregunta al otro si quiere casarse con él o con ella o si quiere vivir con él o con ella. La aceptación casi instantánea de tal proposición –se presume– se basa en un sentimiento como es el amor. Y es que uno el día de su boda dando el “sí” o el día en que decide vivir junto a otra persona, convivir, delante de dos copas de vino o de un café humeante con cara de ensimismado en el otro, está ilusionado e invadido por el romanticismo. En esos momentos nadie se plantea –o al menos no lo expresa verbalmente– cómo va a ser la convivencia de los patrimonios, rentas, gastos o cargas. Nadie, hasta donde puedo saber y conocer, después de dar el sí en la intimidad ante aquella proposición tantas veces deseada, pregunta acto seguido y casi sin respirar “oye, cariño entonces ¿mañana abrimos una cuenta juntos y domiciliamos las nóminas? o ¿qué vas a hacer con el piso que te acabas de comprar, lo vas a poner también a mi nombre? o ¿vas a pagar tú las vacaciones todos los años?, lo digo, porque como tú ganas más”... Curiosamente, todas estas preguntas y planteamientos acabarían con el hechizo del momento, por lo que parece que ese no es el momento de plantearlos; y sin embargo de no hacerse en algún momento, orillándose las cuestiones económicas y patrimoniales, puede ser que en determinado *momento* el hechizo amoroso se deshaga por momentos.

De lo expuesto hasta aquí se puede extraer que la unión entre dos personas enamoradas lleva aparejada necesariamente un acuerdo económico, e incluso la convivencia de los patrimonios y su correcto planteamiento ayuda en mucho a una convivencia exitosa y llegado el caso a una separación pacífica o a “un divorcio elegante”¹, por lo que cuando se baja de la nube del hechizo, hay que regular ese ámbito

* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación DER2011-24011, sobre “Responsabilidad penal de personas físicas y jurídicas en el ámbito empresarial, económico, laboral y de los mercados” realizado en la Univ. de Alcalá (dir. Prof. Dr. Luzón Peña), financiado por el anterior Ministerio de Ciencia e Innovación, Subdirección Gral. de Proyectos e Investigación, actual Ministerio de Economía y Competitividad.

**Abreviaturas: LLpenal: La ley penal, revista (cit. por tomo y año); GA: Goltdammer’s Archiv für Strafrecht, (cit. por año); RECPC: Revista electrónica de ciencia y criminología (cit. por tomo y año).

de la unión conyugal o de la convivencia entre las parejas de hecho y es recomendable que sea cuanto antes.

Dicho lo cual, se concluye que el Derecho no permanece ajeno a esta manifestación del amor, con pretensiones de perdurabilidad y permanencia, y a sus repercusiones económicas y efectúa un proceso de juridificación a través de un régimen económico matrimonial o de un convenio regulador o documento similar que hayan acordado las partes, y es que, como bien sabemos, no toda unión entre dos personas pasa por la institución del matrimonio y hoy la sociedad conoce el fenómeno de las uniones de hecho, que resultan ser tan estables o no y tan permanentes o no como las uniones matrimoniales, pero que necesariamente, en cualquiera de los casos, tienen que organizar su ámbito económico.

Si nos centramos en la institución del matrimonio, es el Código Civil, al tratarse de un contrato, al que corresponde en todo caso el reconducir estos sentimientos, estableciéndose entonces un régimen económico matrimonial. Éste “llamado de derecho común —régimen matrimonial que la ley declara aplicable de pleno derecho a las parejas que no han declarado una voluntad contraria— significa un «modelo social» en el que la sociedad expresa su ideal sobre las relaciones pecuniarias entre los esposos. Este modelo se encuentra condicionado por todo el conjunto de circunstancias materiales y morales que lo rodean.”²

En España, el régimen económico matrimonial común a las parejas que no declaran su voluntad contraria, –exceptuando los Derechos forales o el que los cónyuges estipulen su propio régimen económico en capitulaciones matrimoniales– (art. 1315 CC), se ha convenido que sea el régimen de sociedad de gananciales (art. 1316 CC). La sociedad de gananciales traslada al ámbito económico el acuerdo de colaboración y entrega de los cónyuges (arts. 67 y 68 CC) –unión de techo, lecho y mesa– y esta sociedad se inicia con el matrimonio o, posteriormente, al tiempo de pactarse en capitulaciones (art. 1345 CC).

No obstante, como hemos adelantado, la realidad social actual no se comprende exclusivamente en el matrimonio ni en las capitulaciones matrimoniales ni en el régimen económico de la sociedad de gananciales, ya que proliferan en nuestra sociedad

Las indicaciones (en abreviaturas) de leyes y Códigos y sus preceptos se refieren a leyes españolas.

¹ Expresión tomada del libro del mismo título de PURIFICACIÓN PUJOL, Un divorcio elegante: O cómo desenamorarse con estilo, Grijalbo, 2012.

² CARBONNIER, JEAN, Ensayos sobre las leyes, (Trad. Luis Díez-Picazo), Madrid, Civitas, 1998, 38.

las uniones de hecho o convivencias *more uxorio*³, que coexisten con las uniones formalizadas a través del matrimonio, y no obstante no quedan reguladas por los arts. 1315 ss. del CC. Las parejas que han decidido unirse pero no casarse parece que manifiestan una voluntad distinta de flexibilidad y libertad dentro de su convivencia, por lo que no se aplica siquiera analógica y subsidiariamente ninguno de los regímenes económicos establecidos en el CC. El TC lo aclara con total rotundidad: “El matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son a todos los efectos realidades equivalentes” (STC 222/1992, 11-12) y el TS manifiesta que el art. 39.1 de la CE no permite aplicar las normas matrimoniales ni los preceptos de la sociedad de gananciales a las uniones de hecho (SSTS 894/1994, 11-10; 229/1995, 18-3 ; 1640/1997, 4-3).

Nuestro CC no ha sido reformado para establecer una legislación de mínimos para ordenar la convivencia *more uxorio* –lógicamente tampoco ha manifestado su rechazo- y consecuentemente tampoco el caso de ruptura conflictiva entre los convivientes, por lo que existe un vacío legal, que en muchos casos ha sido paliado con la regulación autonómica. Las Autonomías haciendo uso de la potestad que les otorga el art. 148.1 de la CE se han encargado de regular y establecer algunos de los aspectos de una convivencia de hecho con voluntad de perdurabilidad. Aunque el instrumento idóneo que se debe utilizar, el cual plasme esa flexibilidad y libertad de elección de la relación sentimental, sería una clase propia de convenio regulador que recogiese los pactos que hayan alcanzado los convivientes entre ellos. De todos modos, nótese que, al ocuparse las Comunidades Autónomas de esta regulación, se ha producido una microsegmentación regulativa.

FASE DESAMOR

Dibujada, o al menos esbozada nuestra realidad sentimental, lo que hay que destacar, sean parejas casadas o no casadas, de homosexuales o heterosexuales, es que toda unión trae de su mano una comunidad de fines e intereses, de cargas y beneficios, de deudas y de créditos, de obligaciones de colaboración, en definitiva, de “arrimar el hombro” para el sostenimiento del hogar común. Así mientras que todo transcurra reinando el color rosa, les invadirá la dicha, la felicidad y el amor, pero la convivencia

³ STS 4907/1992, 18 de mayo: “La unión de hecho o convivencia *more uxorio* suele definirse como aquella que ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma extensa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunidad de vida amplia, de intereses y fines, en el núcleo del mismo hogar”.

se puede tornar compleja, difícil y hostil hasta límites insospechados y si se pacta una salida tal y como fue la entrada, de común acuerdo y sin suspicacias ni conflictos, el problema se solucionará en la esfera íntima de los cónyuges o convivientes y se producirá una disolución del vínculo y una liquidación pacífica de los bienes. Si esto no fuera así, necesitarán la ayuda del Derecho, que vendrá a poner racionalidad en la desdicha, el desamor y la infelicidad que sumerge a los que un día estuvieron unidos y que ahora se destruyen en constantes disputas por los bienes, en el mejor de los casos, que un día compartieron.

En este último caso, el conflicto intrafamiliar o sentimental generado se solucionará por la vía de un procedimiento contencioso, pero puede que la situación haya degenerado tanto y de tal manera que nos encontremos ante conductas de alguno de los cónyuges o convivientes que puedan constituir un injusto penal. En estos casos, la codicia ha acampado en la persona y le ha guiado hasta cometer algún delito.

Si reparamos en la morfología de las relaciones sentimentales, las parejas se pueden estructurar bajo el prisma de la igualdad y de modo asimétrico. Estas últimas se presentan por varios factores, como son los sociales, culturales, psicológicos, económicos, etc. que genera que uno de los integrantes de la pareja sea más dependiente del otro, o también hay relaciones estables que se desarrollan en un plano de igualdad en el que se han consensuado las tareas y los roles atendiendo sobre todo a circunstancias coyunturales. En cualquier caso, casi siempre uno de los miembros de la pareja será el que más se encargue de las tareas económicas y de gestión. Esta asunción, *nolens volens*, le coloca en una situación de privilegio, al ser ese integrante de la pareja el que tiene la información económica de la sociedad de gananciales o de la convivencia *more uxorio* y el que decide qué transmitir y cómo transmitir dicha información al otro cónyuge o conviviente. La norma moral de una sana convivencia dictará la transmisión de una información económica fiel y real del estado de la sociedad⁴. Y esa norma no se quebrantará si la relación marcha bien y se ha cimentado en valores como la lealtad, la fidelidad y la confianza.

Si la relación comienza a hacer aguas, todo se resiente y, cómo no, también se materializa con notable virulencia en el ámbito patrimonial y económico. Si esto empieza a surgir, el cónyuge o conviviente “avisado” comenzará a preparar su salida

⁴En este sentido, el art. 1383 CC ordena que: “Deben los cónyuges informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica suya”.

de la sociedad y de la relación y puede que su ambición y avaricia le lleve al abuso patrimonial, en detrimento y perjuicio del otro, persiguiendo un enriquecimiento, que finalmente deviene injustificado e ilícito: se llevó y tomó sencillamente de la sociedad más de aquello a lo que tenía derecho.

El otro cónyuge o conviviente descubre compungido que aquel al que creía el amor de su vida le ha dejado en la ruina o cuando menos descubre que la sociedad, en el momento de la liquidación, tenía más⁵ bienes de los que él creía y de los que nunca tuvo conocimiento, debido al ocultamiento sigilosamente planeado por su pareja. La infidelidad económica unida al desgarramiento emocional es inmensa pero ¿qué puede hacer este cónyuge o conviviente cuando despierte de la pesadilla y consiga salir de su conmoción y desengaño sentimental y quiera reclamar lo que es suyo? Se encontrará sangrando por la herida y querrá acudir al ordenamiento jurídico conducido por sus instintos de venganza o de justicia o de ambos, lo que le llevará en muchos casos no sólo a exigir lo que en buena lid le pertenece de los bienes comunes y compartidos⁶, que fueron testigos de su felicidad y atesoran los recuerdos de los buenos tiempos, sino que también perseguirá el castigo por el desengaño sufrido, pretendiendo la imposición de una pena⁷. Y la cuestión es ¿debe el Derecho penal saciar racionalmente esos impulsos de venganza?, ¿sería una respuesta legítima del ordenamiento jurídico?, ¿son lo suficientemente lesivas para tener una respuesta penal estas conductas, que, por otro lado, se producen en un ámbito altamente sensible como es el de la familia o el de las relaciones íntimas entre dos personas?

Y por otro lado, en el caso de que la respuesta fuera positiva a los anteriores interrogantes, toca preguntarse qué delito o delitos comprenderían los actos de posible enriquecimiento ilícito de uno de los integrantes de la pareja.

⁵O descubre que la sociedad tenía menos bienes de los que el cónyuge o conviviente consideraba, debido a reiterados actos de disposición posiblemente ilícitos o defraudatorios de la pareja, en la mayoría de los casos.

⁶ Es importante recalcar que el ordenamiento jurídico ofrece al cónyuge o conviviente vías de defensa de sus intereses patrimoniales, como es el ejercicio de acciones civiles, con las que quedarían satisfechos dichos intereses, sin necesidad de recurrir para ello al procedimiento penal.

⁷ Quiero aclarar que, con este modo de plantear la discusión sobre la legitimidad de la aplicación del Derecho penal, no estoy haciendo alusión al tema debatido por la doctrina sobre si los sentimientos son objeto de protección del Derecho penal. Además en estos supuestos el bien jurídico es claramente identificable: la propiedad y el patrimonio, dejando al margen cuáles pueden ser los motivos por los que el perjudicado decide acudir a la vía penal. Cfr. sobre la cuestión de si los sentimientos son objeto de protección del Derecho penal, GIMBERNAT, Rechtsgüter und Gefühle, en: Festgabe für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, GA 2011, 284-294; ROXIN, El concepto de bien jurídico como instrumento de técnica legislativa sometido a examen, RECPC 15-01 (2013).

FASE CODICIA

1. Legitimidad de la respuesta penal

Atendiendo a los interrogantes apuntados, se tiene que hacer una delimitación para enfocar bien la respuesta, porque en estos casos se superponen varios aspectos a tener en cuenta. La utilización del Derecho penal sólo se legitima cuando un bien jurídico importante, vital, para la convivencia social se lesiona gravemente. Esta premisa valida la intervención del ordenamiento penal en cuanto se cumplan sus exigencias, de tal modo que si la conducta de cualquiera de los cónyuges o convivientes lesiona gravemente un bien jurídico merecedor de protección penal, obviamente se puede y se debe acudir a esta rama del ordenamiento jurídico. Ahora bien, esta es una afirmación general de la que se concluye que se pueden realizar conductas delictivas en el seno de relaciones sentimentales y que el Derecho penal ante el antecedente de la comisión de un delito desplegará el consecuente de imponer una pena y una pena legítimamente impuesta. La respuesta a si el Derecho penal está legitimado para actuar con los parámetros apuntados, es decir, cuando hay un ataque grave a un bien jurídico esencial debe ser afirmativa.

Pero la matización viene después. En términos de suficiencia lesiva no ha habido problema en afirmar la legitimidad del Derecho penal: Un padre puede lesionar gravemente bienes jurídicos esenciales de su hijo; una esposa puede lesionar gravemente bienes jurídicos vitales de su esposo. El problema se plantea cuando nos cuestionamos si, pese a existir un ataque grave a un bien jurídico importante, el Derecho penal debe intervenir para dirimir, por expresarlo amablemente, los “desencuentros”, no entre extraños, sino familiares. El énfasis, la diferencia a resaltar es que el conflicto se produce en una relación sentimental o en el seno de una familia. Existen estrechos lazos emocionales, que pueden sufrir un deterioro irreversible, si la respuesta del ordenamiento jurídico no es acertada. Por lo que, llegados a este punto, resulta claro que el Derecho penal está legitimado en cuanto hay un ataque grave a un bien jurídico importante; no obstante se puede debatir si resulta ser la respuesta más idónea en el ámbito familiar y para cualquier clase de delito cometido en este contexto, y ello para cumplir el principio rector constitucional que asevera que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”⁸.

⁸ Art. 39 CE.

Siguiendo con esta línea argumentativa, incluso se puede llegar a sostener que los intereses son meramente privados y no hay un ataque al bien jurídico que conlleve la lesión de intereses públicos, por lo que la imposición de una pena sería un dislate jurídico y no cumpliría las funciones propias de ésta.

La regulación penal y procesal-penal ha dado una respuesta regulativa al tema de los delitos cometidos en el seno familiar en un sentido estricto y formalizado, es decir, entre cónyuges, y no entre sujetos unidos por una relación afectiva comparable o similar. Y esta respuesta depende de la clase de bien jurídico que se ha lesionado o puesto en peligro, tanto para ejercer la acción penal como para la imposición de una pena.

En la LECrim en su art. 103 se prohíbe ejercitar acciones penales a los cónyuges entre sí, a no ser por delito o falta cometido por el uno contra la persona del otro. Y expresamente se exceptúa el delito de bigamia de esta prohibición. Por su parte, la ley sustantiva introduce una circunstancia mixta de parentesco que tiene la capacidad de agravar o atenuar atendiendo a la naturaleza, los motivos y los efectos del delito (art. 23 CP). Y si nos ceñimos al ámbito patrimonial y económico, la repercusión de la existencia de una relación afectiva es notabilísima, pues influye tanto en el análisis político-criminal, que ha dado lugar a la impunidad, utilizando como parapeto conceptual excluyente de responsabilidad penal una causa personal de exclusión de la punibilidad o excusa absolutoria regulada en el art. 268 CP⁹.

Podría parecer que *a limine* hubiera que afirmar que el cónyuge codicioso que ha dejado a la sociedad de gananciales “tiritando” se libra de sufrir los avatares de un procedimiento penal y de la imposición de una pena; y todo por mor de un interés prioritario como es la institución de la familia y el matrimonio. Efectivamente, el art. 103 LECrim aborta las pretensiones de cualquier denuncia o querrela entre cónyuges que tenga como objeto, entre otros, un delito patrimonial, puesto que no se trata de un bien personal o personalísimo, como se ha querido ver e interpretar en la expresión legal

⁹ Recordemos que el art. 268.1 CP establece: “Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaran entre sí, siempre que no concurren violencia o intimidación.” Sobre dicha causa personal de exclusión de la punibilidad y sus efectos cfr. LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal, PG, Valencia, tirant lo blanch, 2012, 580-581.

utilizada de delitos o faltas “cometidos por el uno contra la persona del otro”. La vía penal ya estaría cerrada desde 1882¹⁰.

La única posibilidad es ofrecer argumentos consistentes para incluir el patrimonio y la propiedad dentro de la expresión legal que ha pretendido definir el círculo de delitos que pueden ser objeto de querrela o denuncia entre los cónyuges.

Éste, sin embargo, no parece ser el problema que encierra el art. 103 LECrim para la tesis jurisprudencial que encontramos en la SAP Álava 227/1998 de 2 de octubre, la cual se ocupa de un caso en el que los ex-cónyuges llevan separados legalmente dos años, cuando el ex-marido presenta una querrela por hurto o subsidiariamente apropiación indebida de dinero depositado en cuentas corrientes, en las que ambos siguen siendo titulares, después incluso de concluir los trámites de dicha separación. El Juzgado de lo Penal, entendiendo en primera instancia de dicho procedimiento, basa la absolución en la imposibilidad de interponer querrela alguna por delito patrimonial, aun cuando concurren los requisitos del tipo, entre los cónyuges por mandamiento del art. 103 LECrim. La AP considera que no existe este impedimento procesal, puesto que “el art. 103 LECrim continúa vigente, sin embargo, ha quedado prácticamente vacío de contenido desde la publicación del Nuevo Código Penal y lo establecido en el art. 268 del Texto, precepto que debemos interpretar conforme a lo establecido en los arts. 2.2 y 3.1 CC”. Y sigue diciendo la sentencia: “Todos los preceptos legales deben interpretarse de acuerdo con los tiempos y la época en la que se publican y conforme a las normas sociales existentes en la historia, y en este caso, si bien es cierto que el art. 103 LECrim impide al esposo actuar como acusador particular privándole de acción penal, también es cierto que el art. 268 CP, texto posterior en el tiempo y más acorde con la vida y las normas sociales posibilita a cualquiera de los cónyuges cuando estuviesen separados

¹⁰ También una posible vía para interrumpir y cerrar cualquier instrucción, en el supuesto que se entienda que no es de aplicación el art. 103 LECrim, consiste en la petición de sobreseimiento, siempre y cuando la causa de exclusión de la responsabilidad penal del art. 268 CP se comprenda en los motivos tasados de los arts. 637 LECrim para el sobreseimiento libre o en el art. 641 LECrim para el sobreseimiento provisional. En el caso del art. 637 LECrim se puede aplicar el número tercero; más complicado será el proceso comprensivo en alguno de los términos descritos en el art. 641; no obstante, con la aplicación de una de las clases de sobreseimiento se solventaría el procedimiento. Ahora bien, hay que hacer la salvedad que como la causa de exclusión de la punibilidad es personal y no ha tocado ni tangencialmente los elementos necesarios para proclamar la existencia de delito: acción típica y antijurídica, los partícipes o terceros coautores, evidentemente no cónyuges, habrán participado en la realización de un delito, por lo que el procedimiento penal proseguirá en sus casos. Lo que propongo es una posibilidad perfectamente plausible; no obstante, existirán procedimientos que llegarán al plenario, desde mi punto de vista innecesariamente, al no sobreseer el instructor, pudiéndolo hacer, y el Tribunal redactará una sentencia absolutoria haciendo valer, ahora sí, la causa personal de exclusión de la punibilidad. Por último, cualquiera de estas soluciones puede peligrar si, en el caso de las separaciones de hecho, esta situación fáctica y probablemente real no se logra probar en el procedimiento.

legalmente a ejercer todo tipo de acción penal de carácter patrimonial. Y ello es así porque la separación legal entre los cónyuges significa el fin de la vida en común e incluso la disolución de la sociedad de gananciales formada por ambos aunque quede pendiente en ese momento la liquidación de la misma, que por regla general se realiza con posterioridad. Por tanto, si es cierto que el art. 103 LECrim sigue vigente, debe entenderse que pertenece a otra época y a otro tipo de sociedad donde no se comprendía la separación de los cónyuges ni tampoco la disolución de la sociedad de gananciales”.

De lo extractado de la Sentencia, resulta paradójico, ya de inicio, que el art. 268 CP, que viene a suprimir la responsabilidad penal en el ámbito de las relaciones sentimentales, abra la puerta a la acción penal y de paso deje sin contenido al art. 103 LECrim. E incluso por aplicación del art. 2.2 del CC, más bien se insinúa por el ponente de esta sentencia que estaría derogado tal artículo.

En mi opinión, no creo que el art. 103 LECrim se haya derogado, como más adelante explico, pero sí que la existencia del art. 268 CP constituye una razón para reinterpretarlo o solicitar su reforma. El razonamiento jurisprudencial realizado por la AP está inducido por la rigidez argumental manejada por la primera instancia, como lo es el que se base la absolución en una situación legal efectivamente existente: que el matrimonio no se ha disuelto y que siguen siendo cónyuges, y de ahí se colige en primera instancia que se puede aplicar el art. 103 de la ley procesal, prohibiendo la acción penal al esposo. La AP realiza un esfuerzo reinterprelativo denodado para evitar un resultado material a todas luces injusto y desarrolla una argumentación perfectamente sostenible de las relaciones entre el art. 268 CP y el art. 103 LECrim. Consigue de esta forma dar la vuelta al planteamiento del primer fallo judicial y conciliar el resultado jurídico con el resultado material más justo, admitiendo el derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva por parte del marido.

Se puede ofrecer otra vía de argumentación para llegar al mismo puerto en el que ha desembarcado la AP en el caso concreto, y creo que con ella se contribuye a diseñar con más rigor las relaciones entre el art. 103 LECrim y el art. 268 CP, o si se quiere a apoyar, profundizar y matizar las conclusiones de la AP. En el art. 268 en relación con el Código Civil se encuentra una distinción que intenta comprender estados intermedios y que da lugar a dos grupos de casos: los esposos separados legalmente y los esposos separados de hecho o que pueden estar en trámites de separación legal, de divorcio o de nulidad. Evidentemente, no es necesario que el art. 268 CP afirme la responsabilidad

penal de los ex-esposos, pues decae el fundamento jurídico de la causa personal de exclusión de la punibilidad por la disolución del matrimonio, que da lugar a la transformación del estatus, convirtiendo a los unidos estrechamente en extraños.

Recordemos que en el caso de autos los cónyuges estaban separados legalmente, nos encontramos dentro del primer grupo apuntado, por lo que el vínculo persiste¹¹; no obstante una sentencia firme de separación tiene el efecto de disolver el régimen económico matrimonial¹² y expresamente la sociedad de gananciales concluye de pleno derecho “cuando judicialmente se decreta la separación de los cónyuges”¹³. Esta regulación evidencia una serie de efectos de la declaración legal de separación, que tiene repercusiones sobre todo económicas, y que viene a escindir las dimensiones de la institución del matrimonio, de tal modo que el vínculo permanece en un estado de latencia, que permite en algunos casos regenerar la convivencia y el amor, pero que mientras eso ocurra y discurra o no, y se manifieste la voluntad final de desvincularse de cuerpo y alma o retomar la relación, los patrimonios, “que no se casan con nadie”, permanecerán separados por imperio legal, por lo que jurídicamente desde la perspectiva económica no existe vínculo alguno. Desde esta lógica y respetando la coherencia del sistema, el CP protege el patrimonio individual de los cónyuges separados legalmente, y el art. 103 LECrim tiene que tocar en este concierto al unísono de las leyes penales y de las leyes civiles, por lo que la denominación de cónyuges, no les puede vedar la protección penal, que no les niega el CP, el cual ha tenido en cuenta en este ámbito la regulación civil y los efectos de la separación o del inicio de trámites tendentes a disolver el matrimonio. Llegados a este punto se puede optar o bien por reinterpretar de un modo acompasado con los tiempos, el giro incluido en la dicción del art. 103 LECrim “cometidos por el uno contra la persona del otro”, considerando que el universo personal es mucho más que por ejemplo la integridad física, la vida o la libertad; o bien se puede mantener que los cónyuges separados legalmente no están comprendidos en el concepto auténtico de cónyuge, que es el que recoge el art. 103 LECrim, como lo demuestra que haya cesado la convivencia y se haya disuelto el régimen económico matrimonial de gananciales, que constituye un efecto directo de la separación legal. Y, como hemos apuntado anteriormente, en el ámbito penal, el art. 268 CP declara expresamente la responsabilidad penal de los cónyuges que se encuentran en

¹¹ Art. 85 CC.

¹² Art. 95 CC.

¹³ Art. 1392. 3.º

lo que hemos denominado estados intermedios o transitorios, y ello debe materializarse por coherencia interna del ordenamiento en las normas procesales, lo que viene a incidir en que los cónyuges a los que se refiere el art. 103 LECrim, son aquellos que no están en ninguno de los estados intermedios apuntados, es decir, el concepto de cónyuge en su sentido más purista, genuino y auténtico, en el que el vínculo se describe como vivo y presente, presidiendo todos los ámbitos de la pareja. En mi opinión, esta es la interpretación que se debe adoptar en los casos de separación legal y que, por otro lado, no empece a reconocer la corrección de los argumentos jurídicos de la sentencia de la AP Álava, pero con esta explicación evito llegar a la conclusión de que el art. 103 LECrim está vacío de contenido y materialmente derogado.

Más problemas de interpretación se presentan en el segundo grupo de estados intermedios transitorios, es decir, cuando existe una separación de hecho o un proceso judicial de separación, divorcio o nulidad, y en los que la sentencia está por venir. Y si no hay sentencia, no hay disolución o conclusión del régimen económico matrimonial. En estos casos hay una voluntad de concluir la convivencia y un indicio de disolver el matrimonio en el futuro, pero nada se ha concretado, ni el proceso se ha completado, por lo que habría que forzar más la exégesis para negar que desde la perspectiva procesal sean considerados cónyuges. Aunque ese carácter perentorio y ambiguo de la situación personal y sentimental de los esposos no ha sido óbice para que el legislador penal declarare su responsabilidad y los excluya de la órbita de la mal llamada excusa absolutoria, es decir, de la causa personal de exclusión de la punibilidad. Para dar verdadero sentido a esta regulación penal, la normal procesal debe prestar los medios necesarios para que sea eficaz.¹⁴ Quizás ello nos esté señalando la necesidad de sostener un concepto de cónyuge penal y procesal matizado frente al que se mantiene en Derecho privado.

¹⁴ Quiero dejar aquí apuntado que existiría otra posible vía para incoar un procedimiento penal por estos delitos. Hasta ahora nos hemos centrado en la presentación de una querrela por parte del cónyuge perjudicado, que a efectos procesales le convertiría en parte en el proceso como acusación particular. No obstante, el cónyuge puede presentar una denuncia para comunicar la *notitia criminis* y ser este su único acto procesal, apartándose inmediatamente del procedimiento, o bien siguiendo en él, pero personándose como actor civil con las pretensiones de ejercer la acción civil derivada *ex delicto*, sin ejercitar la acción penal y sin actuar como parte acusadora. Incluso un tercero, amigo o pariente del cónyuge agraviado, puede iniciar el procedimiento mediante una denuncia, o ejerciendo la acción penal a través de la acción popular. Dejo sólo apuntadas estas posibilidades, que merecen un posterior estudio y análisis, teniendo en cuenta además que muchos de estos delitos exigen denuncia expresa de la persona agraviada, así como la cuestión de qué efecto tendría la existencia de una causa de exclusión personal de la punibilidad en estos supuestos.

Después de todo este desarrollo, concluyo *prima facie* que las relaciones entre ambos artículos desde una interpretación sistemática y en un primer acercamiento, deben ser de complementariedad y confirmación de una misma tendencia regulativa, en cuanto que la causa personal de exclusión de la punibilidad no admite la responsabilidad penal de los cónyuges en diversos delitos patrimoniales no violentos y el mencionado artículo procesal armónicamente no admite el ejercicio de la acción penal entre los cónyuges en el sentido expuesto (eso sí, aquí por cualquier clase de delitos); y en cuanto a que el art. 268 CP admite la responsabilidad penal de aquellos que legalmente se han separado o están inmersos en un proceso de disolución del vínculo (en la mayoría de los casos), aunque todavía sigan siendo cónyuges y el art. 103 LECrim a *sensu contrario* y cerrando el círculo no prohíbe el ejercicio de la acción penal frente a aquel que siendo cónyuge desde el Derecho civil, tiene responsabilidad penal por haberse puesto en evidencia una voluntad de no continuar la convivencia y disolver el vínculo^{15 16}.

¹⁵ Quiero aclarar que la complementariedad a la que he hecho alusión entre ambos preceptos: art. 268 CP y art. 103 LECrim, partiendo de la interpretación que sostengo, es sólo para los delitos de hurto, robo, extorsión, del robo y hurto de uso de vehículos, de la usurpación, de estafa, de apropiación indebida, de defraudaciones de fluido electrónico y análogas (caso más raro o inexistente entre cónyuges)), de las insolvencias punibles, de la alteración de precios en concursos y subastas públicas y de los daños, que son los delitos a los que viene referido el art. 268 CP. Por tanto, la causa personal de exclusión de la responsabilidad penal no rige para los delitos patrimoniales violentos, ni para otros delitos patrimoniales-económicos no violentos, pero posteriores al Cap. X del Tit. XIII del CP: delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, delitos societarios, receptación y blanqueo (que pudieran afectar al otro cónyuge), ni tampoco se puede alegar frente a otros delitos, que ya no tienen un carácter patrimonial, como los delitos contra bienes jurídicos comunitarios o supraindividuales que pueda cometer el otro esposo, excepto la bigamia: p. ej. las falsedades, delitos fiscales, contra la Seguridad Social, laborales, contra la Administración o la Administración de justicia, etc. En conclusión, el art. 103 LECrim tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio que el del art. 268 CP, que rige para unos pocos delitos, por lo que planteado así existe una relativa independencia de la norma procesal frente a la norma penal. Ahora bien, con la exégesis que he ofrecido del término 'cónyuge' y siguiendo los cánones de una interpretación sistemática, pese a que el art. 103 LECrim tenga un campo de aplicación amplísimo, éste se puede ver reducido, también en estos últimos delitos, sólo a los supuestos en los que exista y perviva el matrimonio en todos sus ámbitos y no exista una de las modalidades que hemos descrito como transitorias. Por otro lado, si en cualquiera de estos supuestos existe violencia, se puede entender que decae la prohibición del art. 103 si se comprende dentro de la propia excepción que contempla dicho precepto, como es que no sean delito o falta cometido por el uno contra la persona del otro.

¹⁶ También quiero resaltar que esa relativa independencia entre el art. 268 CP y el art. 130 LECrim, que viene dada por sus recíprocos ámbitos de aplicación, se manifiesta en el ámbito procesal, porque aunque no exista ya prohibición penal material que consecuentemente condujese a una sentencia absolutoria, el art. 103 no permite la presentación de querrela por parte del esposo agraviado. No obstante, como hemos explicado en una nota anterior, puede haber la posibilidad de que el cónyuge perjudicado presente una denuncia, sin posteriormente ser parte en el proceso, y por el principio acusatorio se incoen diligencias previas y se proceda a la investigación y averiguación del delito, y sea entonces un tercero o el Ministerio Fiscal el que ejerza la acción penal, con lo que se elevarían las posibilidades de llegar a una sentencia condenatoria ante la imposibilidad de aplicar a esa clase de delitos la causa personal de exclusión de responsabilidad penal. O incluso que el art. 103 prohibiese tanto la presentación de querrela como también la presentación de una denuncia por parte del esposo perjudicado por delitos contra bienes

No obstante, como he dicho antes, desde la dicción del art. 103 LECrim, uno de los problemas que se presenta es la delimitación de los delitos por los que cabe ejercer la acción penal contra el otro, aun siendo cónyuges. Sin embargo, desde esta otra óptica de las relaciones entre el art. 103 LECrim y el art. 268 CP, en el momento de la exposición de este trabajo, se puede afirmar ya que, aunque el art. 103 admitiese el ejercicio de la acción penal por delitos patrimoniales o económicos entre cónyuges, de poco serviría, puesto que la estricta aplicación del art. 268 CP en relación con los arts. 637 y 641 LECrim¹⁷ nos puede conducir, aunque es discutible, al sobreseimiento y archivo de tal denuncia o querrela ya incluso en la fase de instrucción¹⁸.

Hasta aquí hago notar que se han expuesto, para aplicar e interpretar las normas, dos situaciones de la relación amorosa opuestas y extremas, como lo son que los integrantes de la pareja sean cónyuges o que hayan dejado de serlo, pero también las llamadas situaciones intermedias transitorias, en las que al menos se han separado y por tanto han dejado de vivir en común o están inmersos en un proceso de separación, divorcio o nulidad. Tocaremos tangencialmente, pero profundizaremos en una investigación posterior, ya que excede el objeto de ésta, si la regulación en este punto es material y político-criminalmente adecuada, e incluso si es posible su propia aplicación para aquellos casos en los que uno de los cónyuges comete el delito, perviviendo la relación sentimental y el matrimonio, y meses más tarde se convierten en ex-cónyuges, con lo que el ex-cónyuge perjudicado interpone denuncia o querrela. Se plantean así cuestiones técnicas y de política-criminal como atender al momento de comisión del delito y a la posición jurídica de los integrantes de la relación sentimental en ese momento y a dónde nos conduciría el partir de estos argumentos, como decidir cuál es el ámbito de aplicación temporal del art. 268 CP, como fijar y aplicar los principios político-criminales de esta causa personal de exclusión de punibilidad, como considerar la posible existencia de un fraude de ley u otras muchas apreciaciones que puedan surgir con el análisis de este grupo de casos.

jurídicos no estrictamente personales, ello seguiría sin impedir que terceros pudieran denunciar el delito cometido por el otro cónyuge y en su caso se pudiera castigar, ya sin la sombra del art. 268 CP.

¹⁷ Cfr. n. 10

¹⁸ Aunque se puede encontrar un número notable de sentencias sobre el tema de este trabajo; lo cual demuestra que no se ha alegado el art. 268 CP en la fase de instrucción, o alegándose, no se ha tenido en cuenta por el instructor, posibilitando la celebración de juicio oral y siendo ya el juez o tribunal juzgador el que ha valorado la aplicación al caso de la excusa absolutoria alegada. Considero que los instructores de todas estas causas, que han dictado el auto de procedimiento abreviado, no han hecho un uso inteligente de la regulación penal y procesal-penal, pues podían haber evitado la prosecución del proceso, que se sabe con antelación que terminará en sentencia absolutoria en los casos en que la relación amorosa o en todo caso la convivencia juntos siga viva, por mandato del art. 103 LECrim y 268 CP.

También queda fuera de este trabajo, para dedicarle un tratamiento posterior, las uniones extramatrimoniales y la posible aplicación del art. 103 LECrim y art. 268 CP, aunque se hace notar que ambos preceptos nada dicen sobre las uniones de hecho, por lo que habría que debatir sobre su aplicación o no a este fenómeno social, y si se puede afirmar, con la rotundidad con la que se ha hecho desde el Derecho privado por el TS y el TC, que las normas sobre el ejercicio de la acción penal y la exclusión de la responsabilidad penal no pueden ser aplicables a la convivencia *more uxorio*, ante la falta de equivalencia de ambas realidades.

Es una evidencia, en todo caso, que la Ley se ha quedado un paso atrás ante la evolución social¹⁹, por lo que habrá que acudir al art. 3.1 del CC y a principios político-criminales y ofrecer argumentos explicativos e interpretativos de la existencia o inexistencia de responsabilidad penal ante la comisión de delitos patrimoniales en el ámbito de las uniones de hecho.

2. Aplicación de los tipos penales

Si el Derecho Penal tuviera que aplicarse para resarcir al cónyuge despojado de parte de su patrimonio, habría que dirigirse a aquellos artículos del CP que tipifican conductas que lesionan o ponen en peligro el patrimonio y entre ellas nos encontramos, entre otras, el hurto, la estafa o la apropiación indebida. En esta última vamos a fijar nuestra atención, resaltando en una primera aproximación las dificultades de aplicación de esta figura delictiva dentro del contexto de un régimen matrimonial de gananciales.

La **primera dificultad** que surge cuando enfrentamos este régimen matrimonial con la descripción típica es que la apropiación indebida está concebida para aquellas situaciones en las que el sujeto se apropia de lo que no es suyo, sirviéndose de que posee la cosa por justo título, lo que facilita ostensiblemente su apropiación. Ahora bien, nadie se puede apropiarse ilícitamente de lo que es suyo, por lo que la apropiación resulta ser la manifestación y el ejercicio del derecho de propiedad. La cuestión se reside en definir al titular de la propiedad en el matrimonio, es decir, si los cónyuges son propietarios y si lo son de todo, o son poseedores, siendo la sociedad de gananciales la única propietaria de los bienes que se incluyen en el patrimonio.

Es evidente que hay que sentar las bases de la naturaleza jurídica del régimen

¹⁹ Llama la atención que esto suceda en la actualidad, en la que las reformas del CP se suceden.

económico-matrimonial de la sociedad de gananciales²⁰. En un matrimonio en régimen de gananciales nos encontramos con que ambos cónyuges son propietarios de los bienes gananciales y para el Derecho, como hemos puesto de relieve en el párrafo anterior, alguien que se apropia de lo que es suyo no se apropia ilícitamente. En efecto, si indagamos en la naturaleza de la sociedad de gananciales nos encontramos que no es una sociedad²¹ en su estricto sentido, ya que no se ha constituido con un fin de lucro (art. 1665 CC) “pues constituye un patrimonio afecto al levantamiento de las cargas matrimoniales, no a la obtención de un lucro mediante el desarrollo de una actividad económica”²². Este argumento, por tanto, acerca más la sociedad de gananciales a la comunidad de bienes, pero no a la romana, sino a la germánica, en la que no existe una comunidad por cuotas que se puedan ceder a un tercero mientras siga viva la sociedad de gananciales, sino que más bien “el régimen de gestión y de disposición de los bienes está presidido por la idea de la actuación conjunta de los cónyuges”²³, y la ganancia obtenida también tiene una titularidad conjunta. Por tanto, “el patrimonio ganancial está colocado bajo una titularidad que no la ostenta una personalidad distinta de cada uno de los cónyuges, pues la sociedad de gananciales no es una persona jurídica como puede ser la sociedad respecto de los socios. La titularidad es del marido y la mujer, aun cuando en algunos casos puedan existir situaciones en las que un bien de naturaleza ganancial aparezca exteriormente atribuido a uno solo de ellos”^{24 25}.

En segundo lugar, hay que prestar atención a los requisitos para disponer en su sentido más amplio de los bienes dentro de la sociedad de gananciales y de la

²⁰ Por otro lado, nada fácil de definir, como admiten DÍEZ PICAZO/GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, Vol. IV, t. I, 11.ª, Madrid, tecnos, 2012, 160-161, debido a que la sociedad de gananciales no deja de tener enormes contactos con la idea societaria, pero por otro lado, se distancia de ella, porque el fin único y último de la sociedad de gananciales no es la obtención de lucro, sino que viene dirigida por una comunidad de vida, fundada en estrechísimos lazos.

²¹ Aunque también se han puesto de relevancia los puntos comunes con la figura de la sociedad, sobre todo con la sociedad universal de ganancias (art. 1675 CC). Cfr. DÍEZ PICAZO/GULLÓN, Sistema IV, I, 11.ª, 2012, 160-161.

²² DÍEZ PICAZO/GULLÓN, Sistema IV,I, 11.ª, 2012, 161.

²³ DÍEZ PICAZO/GULLÓN, Sistema IV,I, 11.ª, 2012, 161.

²⁴ DÍEZ PICAZO/GULLÓN, Sistema IV,I, 11.ª, 2012, 161-162.

²⁵ Para el caso de las parejas de hecho el régimen económico vendrá dado por los acuerdos y convenios tácitos o expresos de los convivientes, pero puede decirse que será muy similar a los manejados en el caso del matrimonio, de tal modo que su finalidad no será tampoco la consecución del lucro por el desarrollo de una actividad económica, sino el sostenimiento económico de la comunidad de vida, por lo que en el caso de que no haya habido una separación clara y tajante de los patrimonios de los convivientes, nos encontraremos ante una comunidad de bienes (arts. 392 y ss. CC), parangonable a la sociedad de gananciales, en la que tampoco cabe la separación por cuotas con la posibilidad de cederse éstas a un tercero, de tal modo que se puede llegar a la conclusión de que de un modo u otro, en el sustrato de las uniones de pareja hay una comunidad de vida, que paralelamente desemboca en una copropiedad de los bienes, ya sea por el camino de la sociedad de gananciales o por el camino de la comunidad de bienes.

comunidad de bienes. Partiendo de bienes gananciales o de bienes en copropiedad, que son los que en esta sede interesan, el art. 1377 CC establece para el caso de la sociedad de gananciales el principio de actuación conjunta, ya que se necesita el consentimiento de ambos cónyuges²⁶ para disponer a título oneroso de bienes gananciales. Para la comunidad de bienes, no hay una regulación expresa en nuestro Derecho positivo, pero es admisible sin dificultad alguna la transmisión a un tercero de un bien o derecho de los transmisibles, con el consentimiento y la unanimidad de los condueños (art. 397 CC).

El cumplimiento del principio de actuación conjunta y de la existencia de consentimiento de ambos cónyuges en el caso de los bienes inmuebles resulta más difícil de evitar, por la protección registral que tienen estos bienes, que informan y ponen sobre aviso al tercero interesado; por lo que, pese a que ahora nuestros tribunales sí admiten la apropiación indebida de inmuebles²⁷ (debido a que el art. 252 del CP 1995 junto a “cosa mueble” menciona también a continuación “o activo patrimonial, donde caben sin problema los inmuebles), resulta complicado que en la práctica se pueda llegar a consumir este tipo entre cónyuges con régimen económico ganancial debido a la publicidad, orden e información de los registros de la propiedad, que se convierten desde esta perspectiva en controles extrapenales registrales y en barreras de contención de realización del ilícito penal, entorpeciendo de modo notorio y eficaz²⁸. He aquí otra dificultad propia de estos casos.

Sin embargo, esta dificultad desaparece y no se puede decir lo mismo si se trata de bienes muebles o de dinero, ya que por las características de estos bienes uno sólo de los cónyuges puede disponer con mayor facilidad del “todo”, sin tener enfrente un tercero advertido e informado²⁹ de las circunstancias de esa propiedad de ese concreto bien, por lo que desaparece la necesidad perentoria impulsada por el interesado tercero de recabar el consentimiento del otro copropietario-cónyuge para realizar cualquier disposición. Y ello se hace particularmente notorio con el *dinero depositado en las cuentas corrientes*, no tanto en otros productos bancarios en los que se necesita el consentimiento de ambos

²⁶ Que puede ser expreso, tácito o presunto e incluso otorgarse *a posteriori*. Cfr. DÍEZ PICAZO/GULLÓN, Sistema IV, I, 11.ª, 2012, 191.

²⁷ Por todas STS 1431/2006, 21-6 (Auto). Aunque la cuestión sigue siendo controvertida. Al respecto cfr. REDONDO HERMIDA, La apropiación indebida de bienes inmuebles en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, en LLpenal 33 (2006), 95-99.

²⁸ La publicidad registral sólo se podría burlar a través de falsedades o falsificación de documentos, por lo que llegado el caso se podría apreciar una estafa entre ex-cónyuges.

²⁹ Excepto en los casos que se registren bienes muebles.

para constituirse, para operar con ellos y para cancelarse. La disponibilidad del dinero depositado en una cuenta corriente por uno de los cónyuges es absoluta, desde el momento en que son titulares indistintos de la cuenta. De este modo, el principio de actuación conjunta y de la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges no se verifica, ni resulta necesario, por mucho que lo exija el CC. Así se establecen relaciones con terceros ajenos a la sociedad de gananciales que se rigen por otros principios, instituciones u otro negocio jurídico que desplazan el principio de actuación conjunta de la sociedad de gananciales y abren una vía para la posible infidelidad económica, por lo que la facilidad para extraer un bien de la órbita de la sociedad de gananciales por uno de los cónyuges es mucho mayor en estos casos³⁰.

Comenzando por el último de los obstáculos señalados, hemos de inferir que los bienes más expuestos son los bienes muebles y el dinero, y en efecto en la práctica forense el supuesto más analizado ha resultado ser el de la disposición total por uno de los cónyuges de cantidades de dinero, y en concreto de cantidades de dinero depositadas en cuentas bancarias bajo el contrato de cuenta corriente, en su modalidad de cuenta corriente colectiva con libre disposición e indistinta para ambos titulares y en la que no se ha pactado por las partes ninguna excepcionalidad o restricción en la disposición del dinero, por lo que el banco se rige por la regulación que disponga el Código de Comercio para este tipo y clases de contratos y no viene obligado a averiguar las normas internas que hayan convenido libremente los cónyuges para la gestión de sus bienes.

Ya he señalado que esto es posible debido a que el principio de actuación conjunta tiene excepciones en su aplicación e implementación práctica y no se presenta como un principio inamovible. Estas alteraciones en el principio de actuación conjunta dependen,

³⁰ Podíamos pensar que estamos ante una antinomia: por un lado la norma establece el principio de actuación conjunta de los cónyuges y por otro ante determinados contratos nos encontramos con el principio inverso de actuación independiente y libre de cada uno de los titulares. Para presentar una fotografía regulativa completa, hay que indicar que el art. 1384 CC otorga plena validez a “los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren”. Se ha interpretado por la jurisprudencia que este artículo constituye una excepción a lo preceptuado en el art. 1375 en aras de proteger el tráfico jurídico y comercial (STS 1266/1998, 31-12; 592/2005, 10-7) Además el propio artículo reconoce la posibilidad de la excepcionalidad al terminar diciendo que “sin perjuicio de lo que se determine en los artículos siguientes”. Lo que queda palpable es que la cogestión resulta el principio básico y regidor de los actos de disposición de la sociedad de gananciales, aunque no en todo caso, cuando se trata de dinero o de títulos valores; y la flexibilidad se manifiesta con mayor vigor cuando se trata de actos de administración ordinaria. Lo cual resulta lógico y necesario para no colapsar el tráfico jurídico y las relaciones con tercero, y dotar a la administración diaria y ordinaria de cierta fluidez, cuando su objetivo no es otro que la conservación o el aprovechamiento ordinario de la cosa o el patrimonio, sin afectar a la sustancia de la cosa (STS 1029/2000, 14-11).

por un lado, de la naturaleza y características de los bienes administrados y de los requisitos jurídicos exigidos para su transmisión, y, por otro lado, de los requisitos y principios que rigen los contratos en el tráfico comercial y jurídico, al que la sociedad de gananciales también se encuentra supeditada. Cuando tiene lugar este enfrentamiento entre el principio de actuación conjunta en la sociedad de gananciales y otros principios y requisitos de otros contratos o situaciones jurídicas, el principio de actuación conjunta cede espacio a la actuación individual e independiente del cónyuge administrador o que aparece como el titular del bien administrado o dispuesto. Ello es producto de una ponderación de intereses, ya que impera en algunos casos la fluidez de las operaciones comerciales y se parte de principios de buena fe y de confianza, que deben presidir y ser el basamento de toda sociedad, y con más razón, de una sociedad de gananciales.

Extrayendo la conclusión necesaria respecto a este aspecto, hay que colegir que en principio (a reserva de la cuestión de la propiedad o posesión, que ahora veremos) es posible la realización de una apropiación indebida de un bien por parte de uno de los cónyuges, puesto que la cogestión y el consentimiento de ambos cónyuges no es necesario en todo acto que se realice para administrar el patrimonio de la sociedad.

La segunda de las dificultades choca frontalmente con la definición de la apropiación indebida, porque se es o no se es propietario: si el sujeto es propietario, no puede realizar una apropiación indebida, y podría sostenerse que cada cónyuge es propietario de cualquier bien de la sociedad de gananciales. Se me ocurre que este obstáculo se puede salvar de dos modos con la regulación actual tanto penal como civil.

Una primera vía se centraría en afirmar en una primera aproximación que ninguno de los cónyuges es propietario de los bienes que conforman el patrimonio de cualquier sociedad de gananciales. Toda sociedad de gananciales está más cercana a la naturaleza de una comunidad de bienes³¹ que al contrato de sociedad, aunque reciba este nombre, pues no se trata de ninguna de las maneras de un contrato de sociedad, dirigido a obtener lucro y a repartir las ganancias de la puesta en común de dinero, bienes o industria. La sociedad de gananciales se funda en un vínculo personal y afectivo que impregna toda su situación real y económica. En la regulación de la comunidad de bienes el propio CC utiliza para referirse a los comuneros la denominación de

³¹ A propósito de ello, cuando se disuelve la sociedad de gananciales, en tanto se práctica la liquidación y la partición y adjudicación de los bienes, el caudal conyugal queda sometido al régimen de la comunidad de bienes y a sus principios rectores (SSTS 1131/1999, 27-12 ; 98/2000, 14-2).

copropietario o condueño y además afirma que “todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte, y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad”³². La denominación utilizada efectivamente es la de propietario y además se afirma que tiene la plena propiedad de su parte; no obstante, hago notar que el precepto aclara que será limitada a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad. De todo ello se puede deducir y afirmar que el derecho de propiedad en una comunidad de bienes tiene una serie de especificidades que lo hacen diferente al derecho de propiedad que ostenta un único propietario.

En primer lugar, el comunero es propietario, pero la terminología, aun siendo correcta, es incompleta, para definir la realidad de las cosas.

En segundo lugar, se es propietario de la parte, pero no del todo. Es una propiedad *parcial*.

En tercer lugar y para completar y definir esa propiedad hay que decir que es una propiedad diferida, en el sentido de aplazada, puesto que hasta que no se hace la partición, no se concreta la cuota.

De lo dicho se puede concluir que el derecho de propiedad cobra pleno vigor con la división de la cosa común, transformándose en una propiedad plena e individual. Mientras esto no ocurre, no se puede afirmar que el copropietario es dueño y señor de la cosa, porque no lo es. Es una propiedad limitada por la existencia de otros copropietarios que tienen también un derecho de propiedad sobre alguna parte de la misma cosa o del mismo patrimonio.

Esta regulación y su interpretación puede ser trasplantada a la sociedad de gananciales, que, como hemos adelantado, es una comunidad de bienes cimentada en un vínculo, y en este caso además en el paradigma del vínculo entre dos personas independientes, capaces³³ y adultas³⁴. Incluso en este supuesto se podría sostener que la

³² Art. 399 CC.

³³ Véase art. 1330 CC.

propietaria, mientras la unión perdura, es la sociedad de gananciales, diluyéndose más si cabe la idea de copropiedad, mientras aquella esté viva. Y no hay más que acercarse a los arts. 1344 y ss. del CC para comprobar que, aun no teniendo personalidad jurídica, ni siendo tan siquiera una sociedad civil, la sociedad de gananciales es un ente con cierta visibilidad para el tráfico jurídico y distinto a los cónyuges³⁵.

Si trasladamos todo ello al ámbito penal, considero que el tratamiento de los conceptos y las ficciones jurídicas tiene que ser tratado con mayor rigor, pues los principios del Derecho penal y su naturaleza de Derecho público y de protección de bienes jurídicos esenciales exige buscar la verdadera esencia de las cosas, siendo una perspectiva más material que formal la que se busca y desde la que se parte. De este modo, el hecho de que los bienes gananciales pertenezcan proindiviso a los cónyuges y mientras tanto formen parte de una sociedad para evidenciar esa voluntad de comunidad y de trabajar y administrar en pro de los intereses comunes, influye en el modo y manera de interpretar la apropiación indebida y el concepto de propietario de los cónyuges. Por ello me inclino a sostener que mientras la sociedad de gananciales exista o esté en periodo de liquidación, el cónyuge tiene una propiedad *diferida* que no le faculta para disponer o distraer ningún bien de cualquier manera, sino guiándose por los principios y requisitos estipulados en la sociedad de gananciales o en la comunidad de bienes; de tal modo que si dispone del bien o lo distrae en perjuicio de la sociedad y en beneficio propio, estará cometiendo una apropiación indebida³⁶, pues para el Derecho

³⁴ Hemos partido de relaciones entre adultos; no obstante, conforme el art. 48 CC se puede contraer matrimonio, con dispensa del juez, a partir de los 14 años. Y según establece el 1329, el menor no emancipado puede otorgar capitulaciones matrimoniales.

³⁵ Por poner algunos ejemplos, el art. 1344 CC ya destaca cómo *por medio de la sociedad de gananciales los beneficios y ganancias obtenidos se hacen comunes* para ambos cónyuges y sólo se convertirán en individuales, cuando se disuelva aquella. Y precisamente *porque comienza una sociedad de gananciales* (art. 1345 CC) *existen bienes gananciales* (art. 1347 CC), que *pertenecen* a la sociedad de gananciales, como expresamente dice p. ej. en el art. 1351 CC. De la misma manera se redacta el art. 1354 CC, según el cual los bienes adquiridos corresponderán a la sociedad de gananciales. Al regular las cargas y obligaciones, el CC no habla de las cargas y obligaciones de los cónyuges, sino de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales (arts. 1362 ss. CC), al igual que se encuentra una regulación sobre la administración de la sociedad de gananciales (arts. 1375 ss.) y otros artículos dedicados a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales (arts. 1392). Por tanto, hay que concluir que la sociedad es la plasmación jurídica de la unión de la pareja.

³⁶ De la misma opinión, MAGRO SERVET, Vicente, ¿Puede cometerse delito de apropiación indebida en la disposición de cuentas en la pareja, o se aplica la excusa absolutoria del art. 268 CP? en: LLPenal 90 (2012), 81: “Los cónyuges, salvo pacto expreso, ostentan facultades de administración de la sociedad de gananciales (art. 1375 CC), necesitando el consentimiento, expreso o tácito, anterior o posterior, del otro cónyuge para la realización de disposiciones sobre esos bienes (art. 1377). Sobre los gananciales existe una expectativa de atribución por mitad de los mismos, al tiempo de la disolución (art. 1344). La sociedad de gananciales es la titular de los bienes, y los esposos son considerados terceros respecto de esa masa común, disponiendo los arts. 1362 y siguientes del CC las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, es decir, las atribuciones a que deben dedicarse los bienes gananciales a través de los

penal no basta con ostentar una propiedad diferida para defender la inaplicación del tipo.

Sin argumentación jurídica alguna es lo que afirmó el TS en un acuerdo no jurisdiccional de 2005 de 25-6: “El régimen de sociedad de gananciales no es obstáculo para la comisión del delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, por uno de los cónyuges, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la excusa absolutoria”³⁷.

También cabe otro planteamiento para sostener que es posible la realización de un delito de apropiación indebida en la órbita de la pareja. La definición de apropiación indebida gira sobre dos verbos típicos: apropiarse y distraer. El primero de ellos va en consonancia lingüística y conceptual con el ataque al bien jurídico propiedad, ya que se despoja a alguien de lo que es suyo, pasando a ser propietario. El segundo de los verbos se aviene menos a la puridad del concepto y amplía, para mucha parte de la doctrina e inmensa mayoría de la jurisprudencia, el radio de acción del delito, acogiendo más bien la figura de la administración desleal de patrimonio ajeno³⁸.

El verbo “distracer” admite, según parte de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, una modalidad de administración desleal que no ha recibido descripción típica autónoma en el CP, por lo que de este modo se cubre una laguna de punibilidad. El que distrae no lesiona la propiedad, sino el patrimonio, por lo que en una copropiedad o condominio cualquier actuación del administrador que no corresponda al buen gobierno y al interés de la sociedad produciendo un perjuicio relevante penalmente es considerada una conducta ilícita. Como se puede comprobar, no se pone tanto el acento en si el sujeto activo es propietario como en la forma de gestión que se hace de esos bienes. Pero aquí como en el caso anterior, no se puede perder de vista que también es importante la forma en que se presente esa propiedad, ya que si es individual, única y exclusiva, el propietario a nadie tiene que rendir cuentas sobre la gestión de sus bienes, pero si estamos ante una copropiedad ya no existe un dominio individual absoluto sobre la cosa y hay que abstenerse en cualquier caso de realizar conductas que vayan en perjuicio del otro copropietario de los bienes.

administradores. Es decir, se trata de una masa patrimonial, ajena a la propiedad de cada esposo, respecto de la que los esposos tienen facultades de administración en los términos dispuestos en el Código Civil”.

³⁷ Vid. al respecto, MAGRO SERVET, LLPenal 90 (2012), 82.

³⁸ Desde otra perspectiva y para el caso de apropiación indebida del dinero depositado en las cuentas de la pareja, MAGRO SERVET, LLPenal, 90 (2012), 82.

Volviendo a los casos en los que cualquiera de los cónyuges puede disponer del todo sin el expreso consentimiento del otro cónyuge, como sucede en los contratos de cuenta corriente, si uno de ellos dispone de la totalidad del dinero depositado con la finalidad de preparar una salida de la sociedad de gananciales y el propósito de abandonar al otro cónyuge y acabar la convivencia, se puede afirmar que nos podemos encontrar con un delito de apropiación indebida, y ello aunque el supuesto del que partimos sea una sociedad de gananciales y además ante cuentas corrientes de titularidad indistinta, porque “lo único que atribuye a los titulares frente al Banco depositario es facultad dispositiva del saldo que arroje la cuenta, pero no determina, por sí sola, la existencia de un condominio y menos por partes iguales sobre dicho saldo de los dos (o más) titulares indistintos de la cuenta, ya que esto habrá que venir determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares, y más concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta” (SSTS de la sala civil y de lo penal 8856/1991 8-II, 4826/1996 7-VI, 6825/1997 29-IX, 5966/1999 5-VII, 3922/2000 29-V y 1013/2005 7-XI). Lo verdaderamente importante a efectos penales es, por tanto, el hecho de que uno de los cónyuges se apropie de todo el dinero depositado en las cuentas corrientes, constituyendo la cantidad depositada un bien ganancial, lo cual nos conduce directamente a afirmar la copropiedad y ello a afirmar que el cónyuge codicioso se apropia de más de lo que le correspondería en el caso de que se efectuase la liquidación.

De manera distinta considero que hay que tratar los supuestos en los que el cónyuge extrae de la cuenta corriente cantidades cercanas a lo que le correspondería en caso de liquidación, y ello porque demuestra claramente la falta de dolo, pues no pretende apropiarse de lo que no es suyo y el exceso, en caso de producirse, puede ser tratado como un error de tipo. En cualquier caso, considero que estas conductas no son relevantes, ni merecen el reproche penal.

En esta misma línea se pueden incluir las conductas dilapidadoras de uno de los cónyuges. Este tipo de cónyuges tienen un carácter disoluto, que le lleva de manera incontrolada en muchos casos a malgastar lo suyo y lo ajeno, pero no es el ánimo o el fin o el objetivo que el Derecho penal pretende castigar a través de la exigencia de dolo en el tipo de apropiación indebida.

3. Conclusiones finales y provisionales.

I. Considero que es posible cometer un hecho típico (y antijurídico) de

apropiación indebida por parte del cónyuge, tanto si el matrimonio vive junto como si subsiste por no haberse disuelto aunque haya separación, respecto de objetos del régimen de gananciales que excedan claramente de su cuota. Y también podría cometer el hecho típico de apropiación indebida, en caso de matrimonio disuelto –por divorcio o anulación, que, aun siendo distinta, en la práctica equivale a la disolución–, el ex-cónyuge que sin embargo por circunstancias fácticas (p. ej. no haberse cancelado aún la cuenta corriente común) sigue siendo poseedor o administrador de algunas cosas de la sociedad de gananciales liquidada.

Sin embargo, aplicar al cónyuge (o anterior cónyuge) la pena del delito de apropiación indebida que ha cometido (hecho típico y antijurídico) sólo es posible en los supuestos en que el vínculo se ha disuelto y el matrimonio ya no existe, o está en situación de separación y por tanto generalmente en proceso de disolución (situación de separación, legal o de hecho, en la que ya no se aplica la exención personal de punibilidad en la nueva regulación que ha efectuado el CP 1995 en su art. 268: lo que hemos denominado estados transitorios), y ello porque antes el ordenamiento jurídico no admite la posibilidad de la respuesta penal. Los arts. 103 LECrim y el art. 268 CP actúan como un muro insoslayable, con el objetivo de preservar esa unión, mientras exista. El ordenamiento penal no quiere ser un factor que contribuya o coadyuve a la destrucción de ese vínculo. Si se da una respuesta penal a la conducta ilícita de alguno de los cónyuges, se abre una brecha corrosiva entre los cónyuges y el legislador intuye que no habrá marcha atrás o bien la relación quedará gravemente deteriorada. Por ello, no ha querido que quede al arbitrio de alguno de los cónyuges el elegir la respuesta penal, que en muchos casos puede ser decidida sin haber sopesado las consecuencias.

Ahora bien, como en la exención del art. 268 CP se trata de una causa sólo personal de exclusión de la punibilidad (unida a la imposibilidad más general de acción penal para el cónyuge del art. 103 LECrim), pero la conducta es típicamente antijurídica y por tanto delito del art. 252, naturalmente que cabe y es punible la participación: inducción o cooperación, e incluso la coautoría, de terceros que intervengan junto con el cónyuge en la apropiación.

A esto hay que añadir que, por otro lado, el ordenamiento jurídico no deja huérfano al cónyuge que, existente el vínculo marital, sufre la mala gestión del otro cónyuge o ha descubierto que se ha despojado a la sociedad de gananciales de algún bien. En el Derecho privado, se protege a la sociedad de gananciales y por ende al

cónyuge más desvalido, cuando por un acto de administración o de disposición realizado sólo por uno de los cónyuges, éste obtiene un beneficio o lucro excesivo para él u ocasiona un daño a la sociedad de gananciales de manera dolosa. En este caso el cónyuge que actúa del modo descrito será deudor de la sociedad por su importe, incluso cuando el otro cónyuge no impugne la eficacia del acto (art. 1390 CC). Y ya para el caso de que el cónyuge realice un acto en fraude de los derechos de su consorte y el adquirente proceda de mala fe, además de los efectos anteriores, el acto será rescindible (art. 1391 CC).

Y además de esta regulación del Derecho civil, el cónyuge víctima de una apropiación indebida, dado que es delito, puede obtener incluso por la vía penal la responsabilidad civil derivada de delito (arts. 109 ss. CP) impuesta al otro cónyuge (que incluso podría reclamar, si lo desea, por esa vía penal el cónyuge agraviado, ya que el art. 103 LECrim no le prohíbe ejercitar la acción civil en un proceso penal), y por supuesto también la satisfacción de la responsabilidad civil *ex delicto* por parte de los terceros que hayan intervenido como coautores o como partícipes junto al otro cónyuge.

En conclusión, aunque material y conceptualmente exista una apropiación indebida y el cónyuge presente una denuncia o querrela al otro cónyuge, el ordenamiento jurídico-penal cierra sus puertas procesal y sustancialmente ante una incoherencia vital, como lo es que siga existiendo el matrimonio y sin embargo se denuncie al otro cónyuge por un ataque al patrimonio ganancial. La lesión económica no tiene tanta entidad para que emerja el interés público de protección penal de la propiedad y el patrimonio frente a esa persona, y cede ante otro interés público en juego: la institución del matrimonio y la familia.

II. Ahora bien, podemos preguntarnos para qué sirve entonces que el TS haya admitido la apropiación indebida dentro de un contexto matrimonial y a renglón seguido añada que sin perjuicio de que se aplique la condición personal de exclusión de la punibilidad. Podría pensarse que es un brindis al sol y que la cuestión es baladí, pero no es así, porque, dejando ahora aparte todo lo dicho sobre la responsabilidad penal de terceros que no se benefician de la exención personal del cónyuge y la posible responsabilidad civil derivada de delito, y centrándonos en el cónyuge delincuente, la realidad sentimental tiene un proceso y etapa de tránsito, que se materializa, para lo que aquí interesa, en aquellos casos en el que el cónyuge realiza el hecho mientras están casados y después resulta que a los pocos meses se inicia un proceso de separación o

divorcio. En esta situación nos podemos preguntar si el todavía cónyuge puede presentar una denuncia o querrela frente al otro cónyuge y si puede prosperar o se sobreseerá, si esta terminación de la instrucción se admite, por alegar la condición personal de exclusión de la punibilidad. En mi opinión, cobra total sentido el acuerdo no jurisdiccional del TS de 2005 y no se podrá aplicar a estos casos el art. 268 CP, por mucho que la realización del delito se haya cometido vigente el matrimonio, pues la finalidad de la excusa absolutoria pierde todo su sentido³⁹. Ahora ya no nos encontramos ante un vínculo y una unión formalizada y sí nos encontramos con la voluntad de rescindir la unión sentimental y el contrato matrimonial, por lo que, si se cumplen todos los requisitos de la apropiación indebida en la conducta del todavía cónyuge, que como hemos visto, sí pueden concurrir, se impondrá una pena y la respuesta penal es posible.

III. Por último, considero que hay que reinterpretar el art. 103 LECrim para establecer una armonía regulativa con el art. 268 CP, de tal modo que el grupo de los bienes personales que se exceptúan de la prohibición procesal se amplie con una nueva visión actualizada y que el término 'cónyuge' sea el recogido en el art. 268 CP, porque a efectos penales los cónyuges separados legalmente y en procesos de separación, nulidad o divorcio no son ya considerados cónyuges, y por ello pueden tener responsabilidad penal en su caso.

* * * * *

³⁹Para los casos en que exista separación de hecho cfr. MAGRO SERVET, LLPenal, 90 (2012), 90 y ss., y las conclusiones a las que llega en la aplicación de la causa de exclusión personal de la punibilidad.

Compliance y derechos de los trabajadores*

~Prof. Dr. Víctor Gómez Martín~

Prof. titular de Derecho Penal. Univ. de Barcelona (España). Patrono de la FICP.

I. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS

De acuerdo con el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas más habitual en el Derecho comparado, la persona jurídica debe responder cumulativamente por el hecho cometido por una persona física. Dejando al margen los evidentes problemas de culpabilidad y de *bis in idem* que tal circunstancia puede representar,¹ es recurrente en este contexto, que el legislador establezca una doble vía de imputación de responsabilidad penal a la sociedad: por una parte, por la comisión de ciertos delitos por parte de los miembros de la llamada *brain area* (legales representantes y administradores); por otra, por la comisión de tales hechos delictivos por parte de empleados como consecuencia de la falta de control debido por parte de aquéllos. La primera cláusula es de responsabilidad de la empresa por decisión estratégica delictiva; la segunda, por *culpa in vigilando*. En opinión de un cada vez más amplio sector doctrinal, ambos supuestos podrían tener como común denominador la existencia de un **defecto de organización** por parte de la sociedad.²

Tanto en uno como en otro caso, la empresa dispone de medios para conocer y, en su caso, evitar la comisión de delitos por parte de las mencionadas personas físicas por

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación "Nuevos desafíos del Derecho penal ante el fraude de consumidores" (DER2011-29982), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, y del que soy investigador principal. Constituye una versión ampliada de la ponencia "*Compliance und Mitarbeiterrechte (insbesondere Datenschutz und Whistleblowing)*", presentada en el "*Kolloquium über Compliance und Strafrecht*". Este seminario se celebró durante los días 20 y 21 de abril de 2012 en la Universidad de Mannheim (Alemania) bajo la dirección del Prof. Dr. Lothar Kuhlen, a quien agradezco desde estas líneas su amable invitación y su no menos generosa hospitalidad.

¹ Sobre éstos, extensamente, *Mir Puig, S.*, Derecho penal, PG, 9ª ed., 2011, 7/52; *Silva Sánchez, J.M.*, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal", en *VV.AA.*, Derecho penal económico, Manuales de Formación Continuada CGPJ 14 (2001), p. 329; *Robles Planas, R.*, "Pena y persona jurídica: crítica del art. 31 bis CP", *Diario La Ley*, nº 7705, 29-09-2011, pp. 8 y 11; *Pastor Muñoz, N.*, "¿Organizaciones culpables? Recensión a Carlos Gómez-Jara, La culpabilidad penal de la empresa, Marcial Pons, Madrid, 2005", *InDret*, 2/2006, p. 16.

² *Dopico Gómez-Aller, J.*, "Responsabilidad de personas jurídicas", en *Ortiz de Urbina, I.* (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 1/162; *Bacigalupo Zapater, E.*, "La prevención de la responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y los programas de compliance", en *EL MISMO*, *Compliance y Derecho penal*, 2010, p. 100; *Gómez Tomillo, M.*, Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español, 2010, p. 51; *Gómez-Jara Díez, C.*, "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Banacloche Palao, J. / Zarzalejos Nieto, J. / Gómez-Jara Díez, C.*, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, 2011, p. 41.

los que podría responder la corporación. En la actualidad, uno de los principales instrumentos a tal efecto son los denominados “programas de cumplimiento corporativo” o *Corporate Compliance Programs*.³ Afirmada la (supuesta) existencia de razones político-criminales y dogmáticas a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no debe extrañar que algunos autores entiendan que la solución a los problemas político-criminales planteados consista en transferir la gestión y el control del riesgo a las empresas. No se trataría de una cesión absoluta de control, sino de una delegación controlada normativamente, esto es, de una **autorregulación regulada**.⁴ Desde este punto de vista, el elemento clave para que tal delegación sea realmente efectiva no sería otro que los ya conocidos **programas de cumplimiento penal**, de cuya existencia o ausencia cabría deducir —según esta dirección— la existencia o no de responsabilidad penal de una persona jurídica. De acuerdo con este planteamiento, el cumplimiento efectivo por parte de la empresa de un programa de prevención penal podría servir para eximir a la empresa de responsabilidad criminal.⁵

En este contexto, dos de los instrumentos fundamentales de control que suelen integrar en la práctica los programas de cumplimiento penal son, por una parte, las **investigaciones internas realizadas o encargadas por la propia empresa**; y, por otra, los **canales internos o externos de denuncia** por parte de los propios trabajadores (*whistleblowing*). En ambos casos resulta frecuente que se produzca la tensión entre el derecho (o incluso deber) de la empresa por conocer y, en su caso, denunciar y evitar la comisión de delitos por parte de sus integrantes, por un lado, y, por otro, algunos derechos fundamentales de los trabajadores, singularmente los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, protegidos, entre otros instrumentos normativos, por el **art. 197 CP**. El análisis de tal tensión y de cómo debe ser resuelta en derecho español constituye el objeto del presente trabajo.⁶

³ Sobre éstos, sin ánimo de exhaustividad, vid. Nieto Martín, A. (n. 3), pp. 218 ss.; Gómez-Jara Díez, C. (n. 2), p. 27; Bacigalupo Zapater, E., “Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de «compliance» (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009)”, Diario La Ley, Nº 7442, Sección Doctrina, 9-7-2010; Rotsch, T. (dir.), *Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion*, 2012, *passim*, que incluye muy interesantes trabajos sobre el tema de Peter Kindler, Klaus Leuthe, Alexander Hobelsberger, Erik E. Lehmann, Dennis Bock, Thomas Knierin, Oliver Sahan, Katharina Beckemper, Andreas Mosbacher y Enrique Bacigalupo; *el mismo*, “Criminal Compliance” (trad. de Ivó Coca, rev. de Ricardo Robles), InDret, 1/2012.

⁴ Nieto Martín, A. (n. 3), pp. 231 ss.; Gómez-Jara Díez, C. (n. 2), p. 29.

⁵ Gómez Tomillo, M. (n. 2), p. 133; Gómez-Jara Díez, C. (n. 2), p. 43.

⁶ Excede con mucho del mismo, en cambio, el interesante tema de las responsabilidades penales del *whistleblower*. Sobre esta cuestión vid., extensamente, Ragués Vallès, R., “¿Heroes o villanos. La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal”, InDret

II. CORPORATE COMPLIANCE Y DERECHO PENAL

En España, la elaboración y desarrollo de programas de prevención de riesgos ya forma parte de la **gestión empresarial cotidiana** de un importante número de empresas. Según el Informe de la Subcomisión de las Cortes Generales para potenciar y promover la responsabilidad social de las empresas,⁷ **todas las empresas del IBEX y el 70% de las empresas cotizadas** afirman poseer, de forma **voluntaria**, códigos de conducta.⁸

En el ámbito penal, el origen de los planes corporativos de prevención de riesgos (*Criminal Risk Management*) tuvo lugar en las décadas de los 60 y 70, y muy particularmente a propósito del caso *Watergate*, con la *Foreign Corrupts Practices Act*. Ya en los años 80, los programas de cumplimiento penal experimentaron un extraordinario auge con motivo de los Informes COSO, elaborados por la *Treadway Commission (National Commission on Fraudulent Financial Reporting)*. No obstante, los programas de prevención de comisión de delitos en el ámbito empresarial conocen su actual dimensión desde 2002, como consecuencia de la entrada en vigor de la *Sarbanes-Oxley Act*, motivada por una serie de escándalos financieros y el final de la denominada burbuja tecnológica, las persecuciones penales a las grandes empresas son cada vez más frecuentes. No en vano, algunas importantes sociedades, como *Enron* o *Arthur Andersen*, llegaron a desaparecer como consecuencia de su implicación en escándalos financieros y de corrupción privada.⁹

Hasta entonces, en EEUU la realización de investigaciones internas en la empresa corría a cargo, exclusivamente, de las grandes mercantiles dedicadas a la auditoría, y, en particular, a sus respectivos departamentos de *Forensic*. Desde 2002, las grandes firmas de abogados comenzaron a dedicarse a la investigación de hechos denunciados por empleados de empresas, a fin de proceder contra los responsables de la conducta delictiva, o bien preparar a la empresa de cara a futuras denuncias. El servicio consiste,

3/2006, pp. 12 ss.; *Rodríguez Yagüe, C.*, “La protección de los Whistleblowers por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y procesales”, en *Arroyo Zapatero, L. / Nieto Martín, A.* (coords.), *Fraude y Corrupción en el Derecho penal europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, 2006, p. 458 ss. Tampoco puede ser abordada la tensión entre los fines del Compliance y los derechos de los trabajadores desde la perspectiva de los instrumentos internacionales contra la corrupción. Un estudio detallado de los mismos se encuentra, por ejemplo, en *Rodríguez Yagüe, C.* (n. 6), pp. 450 ss. Vid. también *Schneider, U.H.*, “Ausländisches Unternehmensstrafrecht und Compliance”, *CCZ*, 2008, pp. 18 ss.; *Bock, D.*, “Völkerstrafrecht und Criminal Compliance. Vorgesetztenverantwortlichkeit im Rechtsvergleich”, *CCZ*, 2010, pp. 161 ss.

⁷ BOCG 4 de agosto de 2006.

⁸ *Nieto Martín, A.* (n. 3), *passim*.

⁹ *Nieto Martín, A.* (n. 3), *passim*.

en suma, en un asesoramiento integral de carácter preventivo que garantice la indemnidad penal de la empresa. Como consecuencia de ello, las grandes empresas estadounidenses ya han ido introduciendo en sus respectivos organigramas determinados mecanismos de control a fin de evitar posibles responsabilidades penales por delito fiscal, blanqueo de capitales, delitos económicos de defraudación (estafas, apropiaciones indebidas, alzamiento de bienes, etc.).¹⁰

En la tradición anglosajona suele afirmarse que los principios que deben regir la actividad de una empresa socialmente responsable deben encontrar su reflejo en el documento descriptivo de la misma, esto es, en el programa de cumplimiento. En este sentido, tales programas habrán de caracterizarse por el respeto de **siete principios**.¹¹ Por una parte, el de *separación de poderes*. La realización de los distintos actos empresariales debe implicar a distintos miembros de la empresa, y, a ser posible, a distintos departamentos competenciales de la misma. Sólo de este modo se conseguirá la fiscalización sucesiva de la actividad de la mercantil.¹² En segundo lugar, el principio de *documentación o verificabilidad*. Todos los actos de la actividad empresarial, incluidos los actos de control de dicha actividad, deben encontrarse documentados, y la documentación que los soporte debe ser custodiada y conservada por la empresa.¹³ En tercer lugar, se habla del principio de *congruencia y coherencia en las operaciones*. Toda operación debe perseguir un objetivo, no debiendo ser éste desproporcionado.¹⁴ También cabe aludir a los principios de *transparencia en la gestión empresarial*,¹⁵ *independencia e imparcialidad de los órganos de control*¹⁶ y el principio de “*cumplimiento o explicación*”. La empresa puede recibir la denuncia de alguno de sus empleados en relación con alguna operación o práctica comercial o contable (*Whistleblowers*). Según esta línea de argumentación, toda empresa que adopte Códigos de Buen Gobierno debería contar con un **Comité de Auditoría** que centralice la recepción de las denuncias, inste la investigación interna de los hechos para su esclarecimiento, y, en su caso, adopte las medidas necesarias para subsanar la irregularidad cometida o denunciar, a su vez, a su responsable.¹⁷ Por fin, el catálogo de

¹⁰ Nieto Martín, A. (n. 3), pp. 177 ss.

¹¹ Nieto Martín, A. (n. 3), pp. 249 ss.

¹² Nieto Martín, A. (n. 3), p. 250.

¹³ Nieto Martín, A. (n. 3), pp. 251 s.

¹⁴ Nieto Martín, A. (n. 3), p. 251.

¹⁵ Nieto Martín, A. (n. 3), pp. 252 s.

¹⁶ Nieto Martín, A. (n. 3), pp. 252 s.

¹⁷ Nieto Martín, A. (n. 3), pp. 254 ss.

principios finaliza con el de *confidencialidad*. Cuando se realice una investigación interna, ésta debe ser completamente secreta. Lo contrario podría alterar el correcto funcionamiento de la mercantil. Los resultados de la misma se ofrecerán al Comité de Auditoría de la empresa. Este órgano será el encargado de decidir si eleva la información al Consejo de Administración, al Informe Anual de Gobierno Corporativo y a los accionistas.¹⁸

Los programas de cumplimiento penal constan, por lo general, de **dos partes: control interno** de las fuentes de riesgo penal de la empresa (**autocontrol**); y **evaluación externa** del modo en que dicho control se realiza (**heteroevaluación**).¹⁹

El **control de las fuentes de riesgo penal de la empresa** debe ser llevado a cabo fundamentalmente por la propia empresa. Consiste, por ello, en la puesta en marcha de mecanismos de **control interno** o **autorregulación**. Sus modalidades más importantes son el control financiero y el administrativo u operacional. El primero se centra en el estado financiero de la sociedad, y se efectúa, particularmente, mediante el control de la documentación de la mercantil. El segundo se refiere a la ordenación de la producción, a la calidad de los productos (ISO), a las relaciones laborales, etc.²⁰ Tres son los **instrumentos fundamentales** para el desarrollo de dicho autocontrol: los códigos éticos de conducta, los programas de cumplimiento y las normas de organización. Mediante los **códigos éticos de conducta**, la empresa adecuará el desarrollo de su actividad a los postulados del **buen gobierno corporativo**, y fomentará entre sus socios, directivos y empleados una actitud interna de respeto por las exigencias de la legalidad vigente. Por su parte, a través de los **programas de cumplimiento**, la empresa garantizará el estricto cumplimiento de la ley. Por fin, en cuanto a las normas de organización, algunas de las principales son las siguientes. Por una parte, que se designe un **administrador responsable de la documentación societaria**. Por otra, que la **delegación de funciones** se realicen de forma correcta. Esto es, con transferencia de poderes de gestión proporcionada a la posición que ocupa la persona delegada en la empresa; con determinación expresa de los poderes objeto de delegación; con designación explícita del superior jerárquico al que debe informar el delegado, etc. Y, por fin, que los miembros del Consejo de Administración y los altos directivos asuman

¹⁸ Nieto Martín, A. (n. 3), pp. 259 ss.

¹⁹ Nieto Martín, A. (n. 3), pp. 261 s.; Bacigalupo Zapater, E., “La prevención...”, en *el mismo*, *Compliance y Derecho penal*, cit., pp. 105 ss.

²⁰ Nieto Martín, A. (n. 3), pp. 249.

funciones de vigilancia, supervisando la dirección de la actividad empresarial, sus objetivos financieros, la capacidad de los altos ejecutivos, etc. Integran un órgano social llamado **Comité de Compliance**, del que también pueden formar parte consejeros independientes. Tales consejeros deben tener un alto grado de especialización. No en vano, en los EEUU está proliferando en las empresas la figura del **encargado de ética** (*Ethic Officer*) o **de cumplimiento** (*Compliance Officer*). Tal función suele ser desempeñada por **despachos profesionales de abogados**, que se encargan, en definitiva, de garantizar que la empresa cumple escrupulosamente con la legalidad vigente.²¹

La segunda fase consiste en la **evaluación del autocontrol** realizado por la empresa. Sólo será posible garantizar que una empresa desarrolla su objeto social de forma ética mediante la realización de una evaluación externa que tenga por objeto tanto el contenido de su Código ético de conducta como la adecuación al mismo de la actividad de la mercantil. Esta evaluación debe ser realizada por **agentes independientes e imparciales**. Sólo de este modo podrán satisfacerse eficazmente los postulados de los **principios fundamentales del buen gobierno corporativo**.²²

III. INVESTIGACIONES INTERNAS, WHISTLEBLOWING Y DERECHO PENAL

Los sistemas de **whistleblowing** consisten en sistemas de denuncia de comportamientos, acciones o hechos que puedan constituir violaciones tanto de las normas internas de la compañía como de las leyes, normativas o códigos éticos que rigen su actividad. Estructuralmente, la denuncia puede ser **interna** (a los directivos de la organización) o **externa** (ante la Administración pública, Administración de Justicia, medios de comunicación, etc.).²³ Resulta relativamente habitual que las empresas

²¹ Nieto Martín, A. (n. 3), pp. 240 ss.

²² Nieto Martín, A. (n. 3), p. 263.

²³ Ragués Vallès, R. (n. 6), p. 3, recogiendo la opinión de Cavico, F.J., “Private Sector Whistleblowing and the Employment-At-Will Doctrine: A Comparative Legal, Ethical, and Pragmatic Analysis”, *South Texas Law Review*, n.º 45 (2003-2004), p. 548. Sobre este tema, vid., además, Baynes, L.M., “Just Pucker and Blow?”, en *Analysis of Corporate Whistleblowers, the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Sarbanes-Oxley Act*, *St. John’s Law Review*, n.º 76 (2002), pp. 875 ss.; Callahan, E. S. / Dworkin, T. M., “Go Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act”, *Villanova Law Review*, n.º 37 (1992), pp. 276 ss.; Callahan, E. S. / Dworkin T. M. / Lewis, D., “Whistleblowing: Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest”, *Virginia Journal of International Law*, n.º 880 (2003-2004), pp. 879 ss.; Cherry, M.A., “Whistling in the Dark? Corporate Fraud, Whistleblowers, and the Implications of the Sarbanes-Oxley Act for Employment Law”, *Washington Law Review Association*, n.º 79 (2004), pp. 1029 ss.; Culp, C., “Whistleblowers: Corporate Anarchists or Heroes? Towards a Judicial Perspective”, *Hofstra Labor Law Journal*, n.º 13 (1995-1996),

tengan previstas en sus códigos éticos internos medidas que garanticen que los trabajadores que deseen denunciar la comisión de irregularidades en su seno puedan hacerlo con ciertas garantías, singularmente la relativa a la reserva de su identidad.²⁴

Sin embargo, en la actual práctica empresarial, es cada vez más habitual que las empresas con gran preminencia comercial —muy particularmente las cotizadas—, por temor al riesgo reputacional que podría representar el conocimiento por parte del mercado (competidores y consumidores) de la existencia de un *affair* interno de cierta relevancia, prefieran **no denunciarlo externamente** ante las autoridades públicas competentes para su persecución y depurar **de puertas adentro** las responsabilidades individuales que del mismo pudieran derivarse. Piénsese, por ejemplo, en una destacada entidad bancaria en una de cuyas oficinas se haya producido una apropiación indebida continuada de dinero por parte de alguno de sus empleados. Ciertamente, la denuncia de los hechos ante las autoridades policiales, fiscales o judiciales pondría de relieve que la voluntad de la empresa no es otra que la perseguir a quienes, precisamente en perjuicio del mercado, atentan contra sus intereses y los de la propia entidad. Sin embargo, a través de la denuncia se conocerían, al mismo tiempo, la existencia de unos hechos que de otro modo podrían ser ocultados, y que, sin duda, provocarían desconfianza en el consumidor sobre la fiabilidad del servicio prestado por la empresa y sus procedimientos de control interno.²⁵

Lo anterior suele conducir, por tanto, al rechazo de la denuncia y la preferencia por el establecimiento de **sistemas internos de denuncia** y el consiguiente desarrollo de **investigaciones internas** para depurar responsabilidades sin que ello trascienda a la

pp. 109 ss.; *Deiseroth, D.*, “Whistleblower-Schutz. Rechtsvergleichende Anmerkung zur Situation in den USA und in Deutschland”, *Betrifft Justiz*, n.º 78 (2004), pp. 296 ss.; *Glazer, M.P. / Glazer, P.M.*, *The Whistleblowers. Exposing Corruption in Government & Industry*, Lightning Source Inc., 1989.

²⁴ *Ragués Vallès, R.* (n. 6), p. 5.

²⁵ Gráficamente *Pastor Muñoz, N.*, “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?”, *InDret* 4/2006, p. 6: “es importante destacar que el factor determinante del fracaso del Derecho penal como mecanismo de prevención de crímenes intraempresariales es la falta de cooperación de las empresas-víctimas con las autoridades penales, esto es, el *bajo número de denuncias*. Ciertamente, pocos delitos cometidos por los directivos son denunciados por sus víctimas, pese a que gran parte de ellas afirman que su política es, precisamente, la de denunciarlos. Este fenómeno lo explican varios factores: (a) las empresas no pueden controlar ni el proceso penal que desencadena la denuncia ni la posibilidad de que, a raíz del proceso, se desencadenen otros; (b) existe un riesgo de afectación del prestigio de la empresa; (c) la denuncia y el eventual proceso pueden generar un clima de intranquilidad en la empresa. En definitiva, la lógica empresarial de la oportunidad, el pragmatismo, la flexibilidad y la eficiencia conduce a rechazar la intervención del Derecho penal porque este último se orienta según principios y objetivos —principio de legalidad, el castigo del comportamiento grave, procesos formales, etc.— que son distintos y, en ocasiones, opuestos a los de aquella”.

opinión pública. En un sentido estricto, la expresión alude a la averiguación de hechos ya ocurridos por parte, por ejemplo, de investigadores privados, compañías de inteligencia o miembros del departamento de *Forensic* de empresas auditoras. En un sentido más amplio, la expresión podría incluir también las facultades con las que la empresa cuenta para controlar y fiscalizar la labor de sus empleados.

Desde un punto de vista político-criminal, es claro que este escenario (existencia de incentivos comerciales de las empresas para preferir la depuración privada de responsabilidades a la denuncia de los hechos ante las autoridades públicas) resulta **insatisfactorio**. Por una parte, hechos que podrían revestir indudable interés general pasarían inadvertidos, en perjuicio, por tanto, del interés general. Por otra, las garantías que el investigado tendría en el marco de un procedimiento penal (presunción de inocencia, asistencia letrada, derecho a no declarar en su contra, etc.) podría brillar perfectamente por su ausencia en un procedimiento de investigación interna desarrollado por la empresa. Debido a ello —junto con la existencia de crecientes dificultades para la averiguación de hechos cometidos en su seno, debido, fundamentalmente, a la creciente complejidad (y, por qué no decirlo, en algunas ocasiones opacidad) de las estructuras empresariales²⁶—, no es de extrañar que la doctrina proponga **reforzar el sistema de denuncia externa** mediante algunas políticas específicas.²⁷ Así, por ejemplo, se sugiere reforzar los deberes de denuncia y las sanciones en caso de incumplimiento, ampliando el ámbito de aplicación y agravando la consecuencia jurídica del delito de omisión del deber de socorro;²⁸ premiar a los denunciadores con retribuciones;²⁹ o proteger al denunciante frente a posibles represalias de la empresa (despido, defraudación de legítimas expectativas laborales, etc.).³⁰ No en vano, estas dos últimas vías resultan perfectamente compatibles entre sí.³¹

IV. INVESTIGACIONES INTERNAS, FACULTADES DE CONTROL DEL EMPRESARIO Y DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

1. Planteamiento

Cuando los órganos de dirección de la empresa o, en su caso, el *Compliance Officer* tengan fundada sospecha de que alguno de los miembros de la corporación

²⁶ Gómez-Jara Díez, C. (n. 2), p. 27.

²⁷ También se plantea esta posibilidad Ragués Vallès, R., InDret 3/2006, p. 7.

²⁸ Ragués Vallès, R. (n. 6), p. 8.

²⁹ Ragués Vallès, R. (n. 6), p. 8.

³⁰ Ragués Vallès, R. (n. 6), pp. 9 ss.

³¹ Ragués Vallès, R. (n. 6), p. 9.

podría haber incurrido en alguna irregularidad constituya de despido o, incluso, de delito, por ejemplo a través de los canales de denuncia por parte de trabajadores (*whistleblowing*) o por cualquier otra vía, pueden decidir llevar a cabo una investigación interna para la averiguación de los hechos. Dependiendo de cómo se realicen tales investigaciones, la prueba será lícita, en el sentido del art. 11.1 LOPJ y, por tanto, válida para fundamentar un despido disciplinario, la condena por un delito, etc., o bien todo lo contrario, esto es, ilícita, en el sentido apuntado, e, incluso, eventualmente constitutiva de un delito contra la intimidad o el secreto de las comunicaciones del trabajador. Obviamente, todo *Compliance* que pretenda incorporar la realización de investigaciones privadas entre sus medidas preventivas y de averiguación de los hechos estará obligado a establecer criterios que permitan conocer con claridad cuándo sucederá lo primero y cuándo, en cambio, lo segundo.

En España, de especial importancia es el cuerpo jurisprudencial construido en el ámbito del Derecho laboral como consecuencia del análisis de si las pruebas obtenidas por el empresario a efectos de acreditar la existencia de motivos de despido disciplinario vulneran o no algún derecho del trabajador. Particularmente relevante es, a tales efectos, no sólo la jurisprudencia vertida sobre la materia por el Tribunal Supremo, sino, muy especial, las numerosas resoluciones del Tribunal Constitucional por la hipotética vulneración de derechos fundamentales del trabajador, singularmente de su derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

En lo que al derecho de la empresa a fiscalizar al trabajador se refiere, el Tribunal Constitucional español considera que la normativa laboral distingue en España entre dos casos radicalmente distintos: el registro de la **persona del trabajador, su taquilla y sus efectos personales** y la supervisión de los **medios que el empresario pone a disposición del trabajador para la producción** (teléfono, ordenador, cuentas de correo electrónico, etc.). El primer supuesto se encontraría recogido en el art. 18 del ET, el segundo, en el art. 20.3 del mismo texto legal.³²

³² Sobre el particular y en lo que sigue vid., por todos, *Otero González, P.*, “Delitos contra la intimidad, derecho a la propia imagen, inviolabilidad del domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público”, en *Ortiz de Urbina, I.* (coord.), *Memento Penal Económico y de la Empresa*, 2011, pp. 341 s. En la doctrina laboral vid., destacadamente, *Martínez Fons, D.*, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, 2002.

2. Registro personal (art. 18 ET)

En el primer caso, se trata de una **facultad excepcional** del empresario sometida a una serie de **estrictos límites**. Por una parte, se exige que el registro sea necesario “para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa”; por otra, debe realizarse “dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo”, para garantizar la presencia del trabajador o, en su caso, la “asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible”. Además, el registro habrá de “respetar al máximo la dignidad e intimidad del trabajador” (art. 18 ET). La referencia a la dignidad es genérica a todo tipo de intervención del empresario sobre la esfera del trabajador, mientras que la alusión a la intimidad se refiere a la taquilla: a pesar de ser titularidad de la empresa, se trata de un elemento cedido por la empresa al trabajador para uso privado de éste, por lo que forma parte de su esfera de intimidad. De este modo, el registro corporal, el de la taquilla y el de los efectos del trabajador debe ser **idóneo** (útil para conseguir el fin legítimo pretendido), **necesario** (el mecanismo menos restrictivo para alcanzar el objetivo) y **proporcionado en sentido estricto** (que el objetivo perseguido, fundamento en la existencia de sospechas, compense la restricción individual). Esto es, **proporcionado en sentido amplio**.³³

3. Intervención de medios productivos de la empresa (art. 20.3 ET)

Dispone el art. 20.3 ET dispone que “[e]l empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana...”. La jurisprudencia española aplica el precepto a la vigilancia del puesto de trabajo mediante micrófonos y cámaras, y al control de las llamadas telefónicas y de los ordenadores (archivos, correo electrónico, navegación por internet). En estos supuestos, se considera que la empresa tiene derecho a controlar los elementos productivos de su titularidad que pone a disposición del trabajador para que desarrolle su actividad laboral. A diferencia de lo

³³ STC 26-9-2007, F.J. 3º; 186/2000, 10-7. En un sentido parecido *Romeo Casabona, C.*, Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, 2004, p. 136. Acerca de la aplicación de este principio al ámbito laboral en supuestos de eventual restricción de derechos fundamentales, y, en particular, en los supuestos que nos ocupan vid. *Conde Marín, E.*, La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo, 2007, pp. 354 ss., en especial 365 s. Para una exposición detallada del contenido del principio de proporcionalidad y su incidencia en todas las categorías del delito vid., por todos, *Mir Puig, S.*, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, en *LH-Vives Antón*, II, 2009, pp. 1357 ss.

que sucede en los registros corporales, de las taquillas y los efectos personales, en los que la empresa asume prácticamente funciones de policía privada, en el caso del art. 20.3 ET el derecho de la empresa deriva directamente del haz de derechos y deberes recogidos por la relación contractual. Entre ellos se encuentra el deber del trabajador de desarrollar correctamente su actividad y el derecho de la empresa a controlar que ello sucede. En este contexto, se considera conforme a derecho, entre otras intervenciones,³⁴ la **instalación de micrófonos**³⁵ y **cámaras**³⁶ en determinadas zonas del centro de trabajo; el control de **ordenadores y cuentas de correo corporativos** mediante instrumentos (programas) informáticos de intervención, ya que tales elementos productivos se consideran **inidóneos para albergar información personal de trabajador**.³⁷ Lo mismo sucede con las **líneas telefónicas titularidad de la empresa**, que se consideran inadecuadas para el mantenimiento de conversaciones particulares de los trabajadores.³⁸

Lo que acaba de exponerse parece describir un escenario en el que todo estaría claro. Cuando el registro tenga por objeto la persona misma del trabajador, su taquilla, en la que probablemente tendrá efectos personales, o estos últimos, el registro sólo será legítimo en situaciones muy excepcionales, y con la observancia de un conjunto de estrictas garantías. En cambio, cuando se trate del registro de medios productivos

³⁴ Amplia casuística se encuentra en *Montoya Melgar. A.*, Comentario al artículo 20, en *Montoya Melgar. A. / Galiana Moreno, J.M. / Sempere Navarro, A. / Ríos Salmerón, B.*, Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, 7ª ed., 2007, pp. 157 ss.

³⁵ No obstante, la jurisprudencia social exige para ello la concurrencia de determinados elementos. Por una parte, la medida debe ser necesaria para garantizar mayor seguridad en la empresa; por otra, es preciso que la instalación sea conocida por trabajadores y comité de empresa antes del inicio de la relación de trabajo; además, los micrófonos deben ser visibles; y, por fin, la instalación debe realizarse en lugares concretos y particularmente sensibles del centro de trabajo. Estos requisitos se hallan contenidos, entre otras resoluciones, en la STSJ Galicia 25-1-96.

³⁶ Sin que quepa, como es lógico, difusión posterior de las filmaciones: vid. SSTSJ Valencia 22-5-96; Galicia 21-4-95; Andalucía, 17-1-94; Madrid, 12-3-92, entre otras muchas.

³⁷ STC 358/2007, 30-4, F.J. Único; 666/2006, 19-6, F.J. 4º. Sobre esto en la doctrina laboral, vid. *Bonilla Blasco, J.*, “Los efectos jurídicos del correo electrónico en el ámbito laboral (Comentario a la STSJ Madrid del 23 de abril de 2001)” RL, nº 13, 2001; *Cardona Rubert, M.J.*, Informática y contrato de trabajo, 1999; *la misma*, “Control del correo electrónico de los empleados. Transgresión de la buena fe contractual. Comentario a la STSDJ Cataluña 14 de noviembre de 2000”, AS, nº 17, 2001; *García-Núñez Serrano, F.*, “La regulación sobre la protección de datos personales y su incidencia en el ámbito laboral”, AS, nº 21, 2001; *Luján Alcaraz, J.*, “Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación”, AS, nº 3, 2001; *Val Arnal, J.J.*, “El correo electrónico en el trabajo y el derecho a la intimidad del trabajador. Comentario a la STSJ Cataluña 5 julio 2000”, AS, nº 17, 2001.

³⁸ SSTC 237/2007, 21-3, F.J. 2º; 26-9-2007, F.J. 4º; 281/2005, 7-11; 28-3-2003, F.J. 6º; 8-3-2001, F.J. 3º; AATC 14-7-2011, F.J. 1º; 14-4-2008; SSTS 30-4-2007; 19-6-2006; SSTSJ (social) Madrid 14-11-2010; 16-10-1998; (social) Andalucía 9-3-2003; (social) Cataluña 14-11-2000; 5-7-2000; AAP Barcelona 21-1-2009. Así, la grabación de conversaciones entre trabajador y cliente se considera legítima siempre que tenga por finalidad corregir defectos de la técnica comercial respetando la intimidad de ambos (STS 5-12-03).

propiedad de la empresa, entonces el empresario se encontrará plenamente legitimado para acceder libremente a los mismos y a la información que en los mismos se contenga, sin necesidad de tener en consideración las garantías previstas en el art. 18 ET. De ello parecería derivarse que en el primer caso se trataría de esferas idóneas para el ejercicio del derecho fundamental a la intimidad que el empresario en ningún caso podría vulnerar y en el segundo, en cambio, de esferas no idóneas a tal efecto. Sin embargo, esto último no es exactamente así.

En los casos en los que el medio intervenido por el empresario es un elemento productivo que el empresario pone a disposición del trabajador no para el ejercicio de su derecho a la intimidad, sino para el desarrollo del trabajo que tiene encomendado en la empresa, el conflicto se produce cuando el trabajador hace una **utilización personalizada** de los elementos productivos de la empresa. Se encuentra ampliamente generalizada la idea de una cierta tolerancia a la misma, en casos, por ejemplo, de recepción de mensajes de correo electrónico procedentes del sindicato al que está afiliado el trabajador, o a la lectura de mensajes personales fuera del horario laboral o en los descansos de la jornada de trabajo.³⁹ Lo contrario convertiría el lugar de trabajo en un espacio prácticamente incomunicado. Por lo demás, son obvias las dificultades prácticas de la empresa para establecer una prohibición absoluta del empleo personal de los ordenadores o teléfonos de la empresa. Todo ello conduce a que el trabajador tenga una **cierta expectativa de utilización personalizada** del teléfono, el ordenador, etc. y, por tanto, de protección de la intimidad también a través de archivos (incluso temporales),⁴⁰ mensajes de correo electrónico o conversaciones de contenido privado.⁴¹

Ello no obstante, cuando de elementos productivos de la empresa se trate, el derecho del empresario a controlar el trabajo del empleado prevalece sobre el derecho de éste a realizar un uso personalizado del medio. Para que ello suceda resulta imprescindible —siempre según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional— **que la empresa haya comunicado previamente al trabajador**, como parte de su relación contractual, la existencia de mecanismos de control de conversaciones telefónicas, ordenador, etc. En defecto de tal información, del establecimiento previo de reglas de uso de los medios o, en su caso, de la exclusión de determinadas conexiones, la

³⁹ *Romeo Casabona, C.*, Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, 2004, p. 136.

⁴⁰ SSTC 26-9-2007, F.J. 4º; 8-3-2001, F.J. 3º; STSJ Cataluña 11-6-2003. Sobre esto vid. *Romeo Casabona, C.*, Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, 2004, p. 137.

⁴¹ STEDH 3-4-2007, Copland contra Reino Unido; STC 26-9-2007, F.J. 2º.

jurisprudencia entiende que prevalece la expectativa a la intimidad del trabajador.⁴² Evidentemente, un programa de cumplimiento que incorpore un sistema de investigación privada a los trabajadores de una determinada empresa no podrá dejar de tener en consideración este criterio.

Sin perjuicio de lo anterior, la intervención de la empresa debe respetar los principios constitucionales que limitan la restricción de derechos individuales. El principio fundamental es el de **proporcionalidad**.⁴³ De acuerdo con este principio, el medio de control empleado no puede ser desproporcionado. Tal es el caso, por ejemplo, de aquellos programas informáticos que registran de forma indiscriminada el contenido de todo lo que aparece en la pantalla del trabajador, con independencia de si se trata o no de información profesional o personal. Resultan más respetuosos con el principio mencionado, por ello, los **programas de búsqueda ciega**, que realizan una búsqueda selectiva de contenidos a partir de una serie de palabras claves de contenido específicamente laboral introducidas previamente en el programa. La selección de las palabras claves deberá no sólo atender al concreto ámbito profesional de que se trate, sino, a ser posible, a los concretos términos lingüísticos implicados en el correspondiente caso.

4. Entre la atipicidad y la justificación

De todo lo anterior es posible extraer importantes consecuencias en relación relativas a si la intromisión de las investigaciones internas del *Compliance* en la esfera del trabajador constituyen, o no, un delito contra su intimidad personal. Como podrá comprobarse, la intromisión será en ocasiones típica y antijurídica, en otras atípica, y, por fin, en un tercer grupo de casos típica pero no antijurídica, por concurrir una causa de justificación. A pesar de no ser el único delito que podría estar eventualmente en juego, la cuestión se centra, en esencia, en si resulta o no de aplicación el art. 197 CP, en el que se encuentra tipificado el delito de descubrimiento y revelación de secreto personal.⁴⁴

⁴² STC 27-12-2010.

⁴³ STC 8-3-2001, F.J. 4º; 98/2000, 10-4, FF.JJ. 7º y 8º.

⁴⁴ Reza el art. 197 CP: “1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. 2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en

La intromisión del investigador será **atípica** cuando sea posible deducir, a partir de elementos periféricos corroboradores, que la información recabada no es personal o que la comunicación intervenida no es secreta. Resulta habitual en la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias distinguir **dos dimensiones fundamentales del concepto de intimidad**: una **negativa**, referida al reconocimiento de un ámbito reservado de la vida privada frente a las injerencias de terceros necesario para garantizar el libre desarrollo de la personalidad del sujeto en sociedad;⁴⁵ y otra **positiva**, relativa al reconocimiento de un derecho a controlar la información y los datos de la propia persona o de su familia para que sólo puedan utilizarse conforme a la voluntad del titular.

Como es obvio, para que realmente pueda afirmarse el carácter secreto de una información es preciso, por una parte, **que el medio empleado para su reserva sea idóneo a tal efecto**. En caso contrario, podrá entenderse que la voluntad del titular de la información no es la de mantenerla en secreto, por lo que sólo en un sentido impropio podrá concluirse que el conocimiento de la misma realmente puede afectar a la intimidad personal del sujeto. Así las cosas, para que una comunicación pueda ser considerada secreta es preciso que tal cualidad se deduzca de indicadores objetivos que revelen la **voluntad de su titular de mantener la reserva**. Basta con que ésta sea reconocible externamente, no necesariamente de forma expresa. De modo análogo a lo que sucede en los delitos de descubrimiento y revelación de secreto de empresa, la jurisprudencia suele exigir que el titular del secreto exprese tácitamente su voluntad de que se mantenga en secreto la información mediante la adopción de ciertas medidas de protección. Así, por ejemplo, en modo alguno será típica, por no poderse considerar

ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores. Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior. 4. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior. 5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior. 6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años”.

⁴⁵ Vid., entre otras muchas, la STC 119/2001, 29-5.

secreta la comunicación intervenida, la consulta de documentos localizados en lugares fácilmente accesibles. Sí lo será, en cambio, el acceso a archivos incorporados a soportes informáticos protegidos mediante clave de entrada.⁴⁶

Por lo demás, es evidente que en el lugar de trabajo existen ámbitos más idóneos que otros para el ejercicio de la intimidad personal. Así, por ejemplo, no lo son las estancias comunes (recepciones, halls, salas de juntas, etc.) ni las zonas sensibles (caja en un supermercado, ordenadores o teléfonos en una oficina), pero sí pueden serlo, en cambio, los aseos, vestuarios, etc. No es lo mismo, por tanto, colocar una cámara en una sala de reuniones que hacer lo propio en un aseo.⁴⁷

También lo será cuando quede acreditado que el descubrimiento del secreto personal no se ha producido como consecuencia de una **conducta encaminada a su averiguación**. Tal y como exige el art. 197.1 CP, para que la conducta de descubrimiento de secreto personal sea típica es preciso que la intervención de las comunicaciones tenga lugar “*para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro*”. En principio, ello no ocurrirá en aquellos supuestos en los que el medio intervenido sea un elemento productivo, ya que tales medios no forman parte de la esfera de intimidad del trabajador, sino del conjunto de elementos que la empresa pone a disposición del empleado para el desarrollo de su trabajo. En tales casos, puesto que lo que cabría esperar encontrar, por ejemplo, en una cuenta de correo electrónico corporativa es información de naturaleza profesional, no personal, cuando la empresa intervenga la cuenta corporativa de un trabajador podría deducirse que tal intervención no perseguiría la finalidad de vulnerar la intimidad del trabajador, sino de controlar su trabajo.⁴⁸ Sin embargo, en la medida en que —como ya se apuntó *supra*— no cabe descartar por completo que los medios productivos propios de la empresa por parte del trabajador también puedan ser destinados a un uso privado del trabajador (recepción de mensajes de sindicato, mensajes personales fuera de horario laboral, etc.), tampoco será

⁴⁶ Vid. en este sentido, entre otras, la SAP Barcelona 47/2001, 18-1.

⁴⁷ Montiel, J.C., “Autolimpieza empresarial: Compliance Programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales”. Texto original inédito, p. 17.

⁴⁸ Representativa de este punto de vista es, por ejemplo, la STS 358/2007, 30-4: “El Tribunal de instancia ha negado el carácter típico de la conducta fundamentalmente sobre la base de la ausencia del elemento subjetivo. La Sala entiende que tampoco concurre el elemento objetivo en su integridad, aunque algunos aspectos de la conducta presentan rasgos de tipicidad en ese aspecto. Así, es cierto que se ha accedido a un archivo de correo electrónico y también lo es que ha existido apoderamiento del contenido de un mensaje concreto dirigido al querellante. Sin embargo, la ausencia de tipicidad resulta de varias clases de razones, relacionadas entre sí. En primer lugar, no es posible entender que en el ordenador en el que se almacenaban físicamente los datos y al que acceden los acusados era el lugar idóneo para el archivo o almacenamiento de datos relativos a la intimidad personal del querellante”.

posible descartar que cuando el investigador intervenga las comunicaciones del empleado pueda hacerlo con la eventual expectativa de hallar información personal. En caso contrario, en los supuestos de intervención de medios productivos propios de la empresa la expectativa de uso privado del trabajador —a la que reiteradamente alude, recuérdese, el Tribunal Constitucional— quedaría completamente vacía de contenido.

En el extremo opuesto a los supuestos que acaban de ser planteados, podrán ser típicamente relevantes (un delito de descubrimiento y revelación de secreto personal, de coacciones o, incluso, contra la integridad moral) las **intervenciones corporales o de efectos personales desproporcionadas**. Podrán ser tomados como criterio, a tal efecto, la existencia o no de indicios racionales *a priori* y la relevancia de los mismos; la importancia de la información perseguida para el patrimonio de la sociedad o sus miembros, o para el desarrollo de la actividad de la empresa; o la observancia o no de las formalidades previstas en el art. 18 ET, previstas para salvaguardar la presencia del trabajador en el registro ante la posibilidad de eventuales prácticas abusivas de la empresa.

En el ámbito del Derecho procesal penal, se consideran **intervenciones corporales** aquellos actos de investigación de conductas delictivas que afectan al cuerpo de las personas sobre las cuales se realizan. El objetivo inmediato de las mismas puede ser muy diverso: desde comprobar una identificación, pasando por saber si un empleado ingiere o es adicto a bebidas o sustancias tóxicas, hasta, finalmente, conocer si se ocultan elementos que puedan servir para la prueba de una irregularidad laboral o, incluso, penal.⁴⁹ Distintos de las intervenciones corporales son las **inspecciones y registros corporales**, consistentes en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano en el que no resulte afectada la integridad física, sino, en todo caso, la intimidad personal.⁵⁰

⁴⁹ Vid., por todas, STS 707/2008, 30-10.

⁵⁰ Ejemplificativa de la distinción entre intervenciones e inspecciones corporales es, entre otras resoluciones, la STS 707/08, 30-10: “En una primera clase de actuaciones, las denominadas inspecciones y registros corporales, esto es, en aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, en general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (arte. 18.1 CE) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como sucedió en el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad”. Parcialmente discrepante de este punto de vista se muestra la STC 37/1989, que considera que no toda intervención corporal afecta necesariamente a la intimidad corporal. Esto sucedería, por ejemplo, cuando

En este contexto, las intervenciones corporales más habituales serán los **cacheos personales**. Según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, en el caso de los cacheos policiales estas intervenciones corporales no atentarán contra la intimidad personal o la dignidad del sujeto cuando la actuación se encuentre racionalmente justificada, cuente con amparo legal y se mantenga en los límites de la proporcionalidad.⁵¹ Obviamente, cuando de **cacheos empresariales** se trate, la aplicación de tales criterios las **potestades cuasi-policiales** de la empresa debe ser extremada, de tal modo que cualquier desviación de la senda de la estricta proporcionalidad estricta conducirá indefectiblemente a afirmar la tipicidad de la conducta, en principio como constitutiva de un delito de coacciones, contra la intimidad o, en su caso, contra la integridad moral. Ello sucederá, por ejemplo, cuando se cachee preventivamente, a un trabajo sin que exista sospecha fundada de la comisión por su parte de irregularidad alguna; cuando se haga de forma desproporcionadamente violenta o humillante o cuando el cacheo se produzca fuera del horario o del lugar de trabajo. Lo mismo ocurre cuando el objeto del registro no es el propio cuerpo del trabajador, sino alguno de sus efectos personales (cartera, bolso, teléfono móvil propio u ordenador personal, etc.) o su taquilla, que contendrá, normalmente, efectos personales, y éste se realice sin la presencia del trabajador o de alguno de sus representantes.

No obstante, los casos más habituales se encontrarán en un terreno intermedio al comportamiento atípico (por exclusión del carácter secreto de las comunicaciones o del carácter personal de la información descubierta) y el comportamiento típicamente antijurídico (registros personales desproporcionados). Normalmente, la investigación interna tendrá por objeto medios productivos del empresario puestos al servicio del empleado para el desarrollo del trabajo para el que ha sido contratado. En estos casos, cuando la investigación revele datos personales del trabajador que formen parte de su esfera de intimidad, tal descubrimiento únicamente quedará exento de responsabilidad criminal cuando pueda afirmarse que el descubrimiento se ha producido en **ejercicio**

la intervención corporal tuviera por objeto la intromisión en zonas no particularmente íntimas, o que no comprometiera de forma especial el sentimiento de pudor o cautela de la persona. Esto sucede, por ejemplo, con las intervenciones que tienen lugar, por ejemplo, en la cavidad bucal o en una vena del brazo. Para el Tribunal Constitucional sí atenta contra la integridad corporal, en cambio, una intervención corporal que comporte el talle de cabello de la cabeza y las axilas de un individuo (STC 207/1996), aunque no, en cambio, la obligación de desnudarse y hacer flexiones (STC 57/1994).

⁵¹ Así, las SSTS 1393/02, 24-7; 792/01, 26-4; 1605/99, 14-2; 23-12-96; 7-7-95: “(...) [L]as diligencias de cacheo suponen para el afectado una sumisión normal a las normas de policía y no implican violación de sus derechos constitucionales a la intimidad, siempre que la actuación policial esté justificada y se mantenga dentro del respecto al principio de proporcionalidad”. En idéntico sentido se expresan, entre otras, la STC 15-2-89; y las SSTS 1393/02, 24-7; 525/00, 31-3; 6-10-1999; 26-6-98; 23-12-96; y 11-5-96.

legítimo de un derecho o cumplimiento de un deber, recogido en el **art. 20.7º CP**.⁵² Este precepto comprende dos causas de justificación: cumplimiento de un **deber** y ejercicio de un **derecho**. Ambos pueden tener o no su origen en un **oficio** o **cargo**. En la exigente de **cumplimiento de un deber**, el presupuesto básico es la concurrencia de un **deber específico de lesionar el bien jurídico vulnerado**. Se excluyen así del art. 20.7º los casos de **colisión de deberes** comprendidos en el art. 20.5º (**estado de necesidad**). Entra en juego la colisión de deberes cuando, para cumplir un deber *en sí mismo* no consistente en el de lesionar el bien jurídico vulnerado, alguien se ve obligado a lesionar dicho bien jurídico (ya sea infringiendo un deber de actuar, ya sea infringiendo el deber de omitir la lesión).⁵³

En el caso que nos ocupa, puede entenderse que el ejercicio legítimo del derecho de la empresa a controlar al trabajador por mediante los elementos productivos de su propiedad requiere de la concurrencia de una serie de elementos. Para que el derecho de la empresa a controlar el trabajo del empleado sea **legítimo** es necesario, en primer lugar, que las medidas de vigilancia y control sean implementadas *“para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”*. Como ya se ha apuntado, tal finalidad en modo alguno podrá presumirse cuando el medio objeto de vigilancia no constituya un instrumento corporativo, o cuando la cuenta de correo intervenida sea personal del trabajador. Tampoco cuando la empresa no advierta expresamente al trabajador con carácter previo al inicio de la relación laboral (bien en el contrato de trabajo, bien en otro documento) la existencia de los medios de control efectivamente empleado.⁵⁴

V. WHISTLEBLOWING Y DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

1. Planteamiento

La tercera de las estrategias político-criminales de reforzamiento del *whistleblowing* mencionadas *supra* —implementación de medidas de protección del denunciante frente a posibles represalias de la empresa: despido, defraudación de legítimas expectativas laborales, etc.— descansa sobre la base de una realidad difícilmente cuestionable: si frente al empresario el trabajador se encuentra, por

⁵² *Romeo Casabona, C.*, Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, 2004, p. 136.

⁵³ *Mir Puig, S.* (n.1), 17/2; MIR PUIG / GÓMEZ MARTÍN, Comentario al art. 20 CP, en *Mir Puig, S. / Corcoy Bidasolo, M.*, *Comentarios al Código penal, LO 5/2010*, 2011, p. 86.

⁵⁴ En un sentido parecido, aludiendo a la idea genérica de proporcionalidad, *Romeo Casabona, C.*, Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, 2004, p. 136.

principio, en una posición de debilidad, tal fragilidad aumenta, si cabe, cuando de un *whistleblower* se trata. Piénsese, por ejemplo, en el empleado que revela (por ejemplo, ante una comisión administrativa, la policía judicial, el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción) datos hasta entonces desconocidos sobre importantes defectos de un producto elaborado por la empresa para la que trabaja para la seguridad o la salud de los consumidores. Ante tal situación, no sería de extrañar que la empresa decidiera “reubicar” al trabajador en un puesto de trabajo de peor condición (defraudando, de este modo, sus legítimas expectativas laborales) o, incluso, despedirlo. Interesa conocer, por tanto, cuáles son los instrumentos legales con los que cuenta el denunciante para ver garantizados sus derechos. De especial relevancia son, a este respecto, la **protección de la intimidad personal** del *Whistleblower* (singularmente, del derecho a la confidencialidad de la denuncia), por una parte;⁵⁵ y la **protección de sus derechos laborales**, por otra.

2. Whistleblowing y derecho a la intimidad personal

En España, la información más valiosa sobre la conformidad del *whistleblowing* con la Ley Organica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal (en adelante LOPD) y los derechos de los trabajadores se encuentra en el informe que resuelve la consulta realizada en el año 2007 por una empresa multinacional a la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AGPD). En dicho informe, la AGPD, inspirándose en la Opinión 1/2006 (sobre aplicación de las normas de protección de datos de la unión europea a los mecanismos internos de *whistleblowing* en el ámbito de la contabilidad y los controles internos de auditoría, la lucha contra la estafa y los delitos bancarios y financieros) del Grupo de Trabajo creado por la Directiva 95/46/CE, concluye que el *whistleblowing* será conforme a la LOPD siempre que cumpla los siguientes requisitos: Por una parte, todos los **empleados** de la compañía podrán ser denunciantes o denunciados en el sistema. Por otra, los empleados serán **previamente informados** de la existencia y finalidad del sistema, su funcionamiento, la garantía de confidencialidad de los datos del denunciante y la garantía de información al denunciado de la existencia de la denuncia. **La información deberá figurar en el contrato de trabajo**. En tercer lugar, el procedimiento de denuncia será telefónico o presencial. Sólo accederán, en principio, a los datos el

⁵⁵ Sobre el tema en la doctrina alemana vid., en particular, *von Pelchrzim, G.*, “Whistleblowing und der strafrechtliche Geheimnisschutz nach § 17 UWG”, CCZ 2009, pp. 25 ss.

responsable de “*compliance counter*” y las personas para las que resulte imprescindible a fin de investigar los hechos denunciados. Además, el sistema incorporará los datos de denunciante y denunciado, los hechos denunciados y el resultado de las investigaciones. **Se informará al denunciado en el plazo más breve posible** de los hechos denunciados, los destinatarios de la información, el departamento responsable del sistema y sus derechos en materia de protección de datos. No se informará de la identificación del denunciante a menos que éste hubiera obrado con mala fe. Y, por último, los **datos serán cancelados en un plazo máximo de dos meses tras el fin de las investigaciones** si los hechos no hubieran sido probados. En caso de entablarse acciones, los datos se conservarán en tanto sea necesario para el ejercicio por la compañía de sus derechos en juicio.⁵⁶

Según la LOPD, el tratamiento de datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado (art. 6.1), salvo que se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean **necesarios para su mantenimiento o cumplimiento** (art. 6.2). La obtención para tratamiento de los datos deberá ser **proporcionada**, esto es de datos “adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”. En la disyuntiva sobre si la denuncia debe ser anónima o confidencial, el informe de la AGPD se muestra partidario de la **segunda opción**. Descarta la posibilidad de que sea anónima, en aras de los principios de exactitud e integridad de la información que conste en el sistema. También la no confidencialidad, ya que, en tal caso, la posición del denunciante quedaría desprotegida. Así las cosas, el denunciante debe identificarse ante el receptor de la denuncia, pero su identidad permanecerá reservada para el denunciado. No resulta aplicable, a tal efecto, el llamado “**derecho de acceso**” del denunciado. Éste sólo le permite tener acceso a los “datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos” (art. 15.1 LOPD), y es evidente que la identidad del denunciante no es un dato personal del denunciado, sino de un tercero.⁵⁷

No obstante, cuando exista un riesgo importante de que dicha notificación pueda comprometer seriamente la capacidad de la sociedad para investigar de manera eficaz la

⁵⁶ Agencia Española de Protección de Datos, “Creación de denuncias internas en las empresas (mecanismos de “Whistleblowing”)”, Informe Jurídico 2007/128, pp. 1 s.

⁵⁷ Agencia Española de Protección de Datos, Informe Jurídico 2007/128, pp. 8 ss.

alegación o recopilar las pruebas necesarias, **la notificación a la persona inculpada podría retrasarse mientras exista dicho riesgo**. El objetivo de esta excepción consiste en preservar las pruebas evitando su destrucción o alteración por la persona inculpada. Deberá aplicarse de manera restrictiva, caso por caso, y deberá tener en cuenta los intereses más amplios en juego.⁵⁸

Resulta dudoso que el conjunto de presupuestos que debe concurrir para que los canales internos de denuncia no vulneren los derechos recogidos en la ley de protección de datos en favor del denunciante y el denunciado que acaba de ser expuesto realmente garantice de forma suficiente tal protección. En relación con la primera cuestión, cabe preguntarse, por ejemplo, quién debe ser, en realidad, el receptor de la denuncia. Con otras palabras: a quién se está refiriendo la Agencia Española de Protección de Datos cuando se refiere al responsable del “compliance counter”. Podría concluirse que, muy probablemente, tal sujeto no es otro que el *Compliance Officer*, pero, a falta de regulación expresa de tal figura, cabe preguntarse, a su vez, si el mismo puede ser un órgano interno de la empresa o debe encontrarse representado, en cambio, un órgano externo. En el primer caso, será inevitable que la empresa tenga conocimiento de la identidad del denunciante (la denuncia es confidencial para el denunciado, no para su receptor); en el segundo caso, la identidad del denunciante permanecerá desconocida no sólo para el denunciado, sino también para el empresario. Además, en el supuesto de que los hechos denunciados den lugar a la incoación de un procedimiento penal, no es en absoluto obvio que el denunciante, que en un sistema de *Compliance Officer* externo tendría garantizada la reserva de su identidad, se encontrase legitimado para mantenerla frente al Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción. Con otras palabras: no es en modo alguno indiscutible que el *Compliance Officer* pueda dejar de informar —a requerimiento, por ejemplo, del Juez de Instrucción o del Ministerio Fiscal— sobre la identidad del denunciante, a efectos de una eventual declaración como testigo de los hechos denunciados. En tal caso, es evidente que la denuncia dejaría de ser confidencial.

Por fin, en cuanto a los derechos del trabajador, la imposibilidad de conocer la identidad del denunciante a través del ejercicio del derecho de acceso reconocido por la Ley de protección de datos podría representar, a efectos prácticos, dejar prácticamente vacía de contenido su facultad de acceder al origen de la denuncia. Ciertamente, el informe de la Agencia Española de Protección de Datos establece una excepción a tal

⁵⁸ Agencia Española de Protección de Datos, Informe Jurídico 2007/128, pp. 10 ss.

regla, consistente en los supuestos en que la denuncia ha sido formulada de mala fe. Sin embargo, se asiste en relación a este particular a una suerte de petición de principio: si el denunciado no puede conocer la identidad del denunciante, ¿cómo podrá demostrar (por ejemplo, por la existencia de una relación de enemistad entre ambos desconocida por la empresa) la concurrencia de motivos espurios reveladores de que la denuncia fue presentada de mala fe?

3. Whistleblowing y derechos laborales

Desde la perspectiva del trabajador denunciante, una de las cuestiones de mayor trascendencia reside, sin duda, en conocer cuáles pueden ser las consecuencias laborales de su denuncia. Se trata, en suma, de saber si se encuentra legitimado el empresario para despedir disciplinariamente (art. 54.2 ET) o reubicar en un puesto de trabajo de peor condición al trabajador que denuncia la existencia en la empresa de hechos que podrían ser constitutivos de delito, sobre la base de un supuesto quebrantamiento de la buena fe contractual (art. 5 ET).⁵⁹

En España, la cuestión se ha sustanciado, en esencia, a propósito de la reclamación por la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, de trabajadores despedidos por haber denunciado la comisión en la empresa para la que prestaban servicios de irregularidades o, incluso, de delitos. Salvo contadas excepciones,⁶⁰ la postura defendida de forma dominante por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la resolución de los mencionados recursos de amparo ha sido la siguiente: atenta contra el **derecho fundamental a la información (art. 20.1 d CE)** el despido de un empleado por haber denunciado la existencia en la empresa de **hechos noticiables y de interés general**.⁶¹ No obstante, si el empresario no trata de condicionar al trabajador **antes** de la denuncia para que no la interponga (en cuyo caso podría incurrir en un delito de obstrucción a la Justicia del art. 464 CP), sino que se limita a represaliar al empleado **después** de que ésta haya denunciado a la empresa, tal conducta es, desde la perspectiva del derecho positivo español, atípica.⁶²

⁵⁹ *Rodríguez Yagüe, C.* (n. 6), pp. 461 ss. Sobre la buena fe contractual en las relaciones laborales, vid., muy extensamente, *Conde Marín, E.*, La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo, 2007, *passim*.

⁶⁰ Vid., especialmente, STC 126/2003, 30-6 y votos particulares a la STC 57/1999, 12-4.

⁶¹ Vid., por todas, SSTC 57/1999, 12-4; 197/1998, 13-10; STCT 12-11-81; STSJ Baleares 21-9-2005. En la doctrina vid. *Ragués Vallès, R.* (n. 6), p. 11; *Rodríguez Yagüe, C.* (n. 6), p. 464.

⁶² *Ragués Vallès, R.* (n. 6), p. 12.

Puede concluirse, por tanto, que pese a la jurisprudencial constitucional y social en materia de despido, la posición del trabajador eventualmente denunciante de actividades ilícitas cometidas en el seno de la empresa es de franca debilidad frente a la empresa, en especial cuando también él ha participado en la actividad que pretende denunciar. En tal caso, únicamente cuando el trabajador reciba la amenaza del empresario de ser denunciada la participación del primero en los hechos delictivos de referencia, quedará éste amparado por una eventual exención de responsabilidad criminal por su intervención en el delito objeto de revelación, siempre y cuando, además, denuncie las amenazas.⁶³ En ausencia de tal situación, el Código penal apenas sí protege al delator, más allá de la presencia de contadas cláusulas de atenuación de la pena, como la circunstancia genérica del art. 21.4ª CP,⁶⁴ o las previstas para supuestos de terrorismo o narcotráfico.⁶⁵

Un instrumento encaminado a conseguir que la empresa se provea de programas para impedir violaciones de la ley y proteja al whistleblower, por ejemplo mediante códigos éticos de conducta o programas de cumplimiento, podría ser el actual **art. 31 bis 4 CP**,⁶⁶ que hace extensivo a la sociedad el premio de la delación de la persona física. Para conseguirlo, la sociedad deberá realizar determinadas actividades con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales. Esta última exigencia resulta innecesaria en relación con prácticamente todas las actividades previstas en el precepto. Carece de sentido, por ejemplo, exigir que quien aporte pruebas decisivas para el esclarecimiento de los hechos y la reparación del daño causado a la víctima sea personalmente el legal representante de la sociedad.⁶⁷

⁶³ Tal posibilidad se encuentra recogida en el art. 171.4 CP, que dispone lo siguiente: “Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito el ministerio fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere castigado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el juez o tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados”.

⁶⁴ *Rodríguez Yagüe, C.* (n. 6), pp. 483 s.

⁶⁵ *Ragués Vallès, R.* (n. 6), pp. 11 s.; *Rodríguez Yagüe, C.* (n. 6), pp. 475 ss.

⁶⁶ Según dispone este precepto, “[s]ólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

⁶⁷ Vid., por todos, *Dopico Gómez-Aller, J.*, (n. 2), 1/284.

Las atenuantes previstas en las **letras a) y c)** consisten en la traslación literal a las personas jurídicas de las atenuantes previstas para las personas físicas en los arts. 21, 4ª y 5ª CP. Esta circunstancia suscita la duda de quién debe ser la persona encargada de confesar la infracción a las autoridades (letra a) o reparar el daño (letra c). Literalmente, el precepto exige que la sociedad realice la confesión o repare el daño «*a través de sus representantes legales*». Esta circunstancia excluye la aplicación del precepto en supuestos en los que la actividad requerida sea realizada por trabajadores (en el caso de confesión, la misma devendrá, en realidad, una denuncia a la sociedad) o, incluso, por los administradores. No obstante, parece claro que el hecho de que la confesión o la reparación deban realizarse «*a través*» de la representación legal de la sociedad no significa que haya de ser necesariamente el representante quien la lleve a cabo en persona.⁶⁸

Las atenuantes previstas en las **letras b) y d)** son específicas para personas jurídicas. En el caso de la atenuante prevista en la letra b), resulta dudoso qué debe entenderse por pruebas «*nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos*». Puede suceder, p. ej., que las pruebas aportadas sean nuevas pero no decisivas, porque el valor probatorio de las aportadas por alguna parte procesal ya resulte suficiente para el esclarecimiento de los hechos investigados. También puede ocurrir lo contrario: que las pruebas sean decisivas pero no nuevas, por haber aportado la sociedad pruebas ya aportadas a la causa con anterioridad por algún coacusado o alguna parte acusadora. La aportación del material probatorio puede realizarse «*en cualquier momento del proceso*». Tal circunstancia puede conducir al siguiente inconveniente. Normalmente, la confesión de la infracción por parte de la sociedad a través de su representante será un medio probatorio “nuevo y decisivo”, por lo que en los casos de confesión se producirá un solapamiento de las atenuantes previstas en las letras a) y b). Teniendo en cuenta que para que la confesión pueda desplegar efecto atenuante debe ser realizada «*antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella*», la atenuante de la letra b) dejará vacía de contenido a la prevista en la letra a).⁶⁹

⁶⁸ Dopico Gómez-Aller, J., (n. 2), 1/286 y 288.

⁶⁹ Dopico Gómez-Aller, J., (n. 2), 1/290 ss.

VI. CONCLUSIÓN FINAL

Por todo lo expuesto, resulta de extrema importancia que tanto las investigaciones internas como los canales de denuncia confidencial, como mecanismos habituales de los sistemas de *Corporate Compliance*, se muestren **escrupulosamente respetuosos con los derechos de los trabajadores**. Ningún avance constituirán aquellos instrumentos de prevención penal corporativa que, con el objetivo de evitar la comisión de delitos por parte del subalterno, institucionalicen el fomento de caza-recompensas en el seno de las empresas, o que someta a los empleados a una fiscalización que los encorsete hasta convertirlos en esclavos improductivos objeto de ilícitos penales contra su intimidad. No en vano, algunos autores ya se han aventurado a calificar determinados sistemas de investigación privada y *Whistleblowing* como sendas expresiones de una suerte de Gestapo empresarial. Con independencia de si la persona jurídica debe ser hecha responsable de acuerdo con un sistema de transferencia por el hecho delictivo cometido por la *brain area* (teoría del *alter ego*) o por subalternos a los mismos como consecuencia de la falta de adopción de las correspondientes medidas de control debido, no cabe descartar, por ello, que tanto las investigaciones internas como el *whistleblowing* deba centrarse, muy especialmente, en los integrantes de la *brain area*, como ya sucede, por ejemplo, en los modelos de *Corporate Compliance* pertenecientes al ámbito anglosajón.

* * * * *

Multiculturalismo y Derecho Penal

~Prof. Dra. Antonia Monge Fernández~

Prof. titular de Derecho Penal. Universidad de Sevilla (España). Socia de la FICP.

I. Introducción

En los últimos tiempos el fenómeno del *multiculturalismo* y la globalización se ha impuesto como denominador común en las sociedades modernas, motivado por la afluencia masiva de inmigrantes a Europa. Precisamente, la integración de ese colectivo de extranjeros en los países de destino va a suscitar, de un lado, numerosos problemas de convivencia, sobre todo, reflejada en **conflictos culturales** que pueden desencadenar, incluso, en drásticas reacciones como el *racismo* y la *xenofobia*¹. De otro, este encuentro cultural va a conllevar un conflicto axiológico entre los diversos intereses de ambos grupos.

Singularmente, es en el ámbito penal donde se van a suscitar los conflictos más destacados en ese proceso de convivencia multicultural, característica de nuestra época. Así, la inmigración de colectivos procedentes de países con diferentes coordenadas culturales, provoca problemas de “acomodo” entre dos extremos equidistantes e incompatibles. Y, es que, si algunas de esas cuestiones se pueden resolver desde el plano de la tolerancia, hay otras que exceden el ámbito de lo tolerable y demandan, necesariamente, la respuesta del Derecho Penal. En este contexto se hace difícil combinar tal respeto a la diversidad cultural y a la diferencia con el rechazo expreso y claro de ciertas prácticas. En definitiva, la reivindicación de la pluralidad cultural no debe conllevar, necesariamente, la aceptación de todas las prácticas o tradiciones de una cultura, sino sólo las que sean compatibles con el principio de igualdad sustancial de todo ser humano y el ejercicio de su libertad.

Por ejemplo, la venganza de la sangre, el “asesinato por honor”, la mutilación genital, que según criterios europeo-occidentales constituyen inequívocas **acciones penales**, pero a la sombra de un cuño cultural y religioso totalmente distinto, son tolerados e incluso, considerados un deber moral. Ante estos hechos, ¿Podría entenderse que la *subcultura* es un elemento a tener en cuenta a la hora de imponer un castigo?

¹ En detalle véase el magnífico trabajo de *Borja Jiménez*, *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho Penal*, Ed. Comares, Granada, 1999.

Desde el punto de vista penal, el problema planteado puede ser enfocado de otra forma; una cosa es que la *cultura* no sirva de eximente directa con base en vulneración de la identidad (al modo de los derechos *poliétnicos* de *Kymlicka*)², y otra que de *forma indirecta*, cierta formación y ambientes culturales conlleven una “imposibilidad” de percepción correcta de hechos penalmente ilícitos. Cabría entonces explorar las implicaciones desde el punto de vista de las **eximentes penales**.

En las líneas que siguen, trataré de dar respuesta a los interrogantes formulados, avanzando que no existe una solución universal, válida para la numerosa casuística, en cualquier tiempo y lugar, sino que, por el contrario, sólo será satisfactoria una respuesta singular, caso por caso. Como toma de posición personal al respecto, en líneas generales me pronuncio de manera negativa sobre la incidencia de los valores socioculturales en la culpabilidad, en el sentido de pretender una exclusión de la responsabilidad de los autores que bajo aquellas circunstancias actúan. Sólo en casos excepcionales procede una reducción de la culpabilidad, como *error de prohibición indirecto*, fundamentando la propuesta desde una perspectiva político-criminal, acorde con los valores del Estado Social y Democrático de Derecho.

Finalmente y a modo de preámbulo citaré unos casos extraídos de la actualidad, tratando de darles solución a lo largo de mi investigación, teniendo en cuenta la incidencia de los factores socioculturales en la conducta típica.

- a) *Sazan Bajez-Abdullah*, una mujer curda de Irak, de 24 años de edad, casada con el también curdo *Kazim Mahmud Raschid*, de 36 años, vivía en Garching (Munich) junto a su esposo y su pequeño hijo *Rondek*. Tras una convivencia insostenible, caracterizada por agresiones y vejaciones, *Sazan* había denunciado varias veces a su marido, teniendo que refugiarse en una casa de acogida, por lo que el Juez decretó para *Kazim* la pertinente orden de alejamiento, infringiéndola aquél en alguna ocasión. Ante esta situación, *Sazan* decidió divorciarse, logrando su pretensión el día 25 de octubre de 2006 a las 14 horas. Tres horas más tarde *Sazan* fue asesinada. Su esposo, guiado por la lectura del *Corán*, la apuñaló con un

² *Kymlicka* sostiene que „la membresía en una comunidad es un bien primario cuya defensa deberían propiciar también los liberales inspirados por un igualitarismo del tipo expuesto por John Rawls”, véase *Garzón Valdés*, “Pluralidad étnica y unidad nacional: Consideraciones ético-políticas sobre el caso de México”, en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp.911-942, especialmente, pp.931 ss.

cuchillo y, posteriormente, la roció con gasolina, quemándola³, afirmando que “había hecho lo correcto”.

- b) *Muharrem E.*, nacionalidad turca, vivía en Alemania desde hacía 34 años como un buen alemán, con su trabajo, su familia y su propio piso. Cuando su hija *Fatma* se enamoró del alemán *Sascha*, las circunstancias cambiaron, pues su familia no aceptó esta relación. Ante esto, *Fatma* se fue a vivir con *Sascha*, quedando embarazada. *Muharrem* y su hijo *Memet* amenazaron a *Sascha*. En cierta ocasión, *Memet* se citó con *Sascha* y le dijo: “Me gustaría matarte, la policía no me encontrará, pues tengo guantes”. Por otro lado, el padre increpó a *Sascha* con la expresión: “Devuélveme a mi hija o te mato!”. La situación llegó a tal extremo, que la familia de *Fatma* tenía planeado llevársela a Turquía, incluso habían comprado los billetes de avión, y en uno de ellos aparecía el nombre de *Fatma*. *Muharrem* y su hijo decidieron desplazarse al piso de *Sascha*. Cuando *Sascha* les dijo que él no tenía las llaves, que las tenía *Fatma*, ambos lo amenazaron con entrar y sacarlo por la fuerza. Repentinamente *Mehmet* entró y con el pretexto de ir al baño; a la postre padre e hijo seuestraron a *Sascha*, llevándoselo en un coche. Por el camino, *Sascha* vio la ocasión de escapar, y cuando estaban en una Gasolinera, dijo que necesitaba ir al baño, huyendo rápidamente del lugar, tras

³ En ese día no había demasiado ambiente en el *Café-Bistro “Kanapee”* de la calle Maier-Leibnitz de Garching. Un par de clientes bebiendo *Spezi* o cerveza. La camarera esperaba a que llegasen más clientes. Poco después de las cinco entró *Kazim* en el local, oyéndole la camarera decir “*llega el momento!*”, antes de entrar por la puerta. Un par de minutos después apareció de repente *Sazan* (su esposa) quien marchó rápidamente por la acera opuesta al local, donde sólo había un par de casas que le separaban de su vivienda. *Sazan* tomó de la mano a *Rondek*, su hijo de cinco años. La camarera conoce a *Sazan* y *Kazim*, sabiendo que se han divorciado al mediodía y que *Kazim* ha maltratado a su mujer en varias ocasiones. Por eso, le grita a *Sazan*: “*No sigas!*”, “*él te va a matar!*” Sin embargo, *Sazan* se marchó. Ella había visto a su ex-marido, respondiéndole a la camarera: “*No temas!*”. A las 17’25 h sonó el teléfono de emergencias de la oficina central de la Policía de Munich: “En la calle Maier-Leibnitz alguien ha prendido fuego a una mujer: “*Todo arde*”. Pocos minutos después, una nueva llamada. Una mujer de 13 años declara que alguien ha apuñalado a una mujer y cuando huía, la ha rociado con gasolina y únicamente que todo arde. Probablemente la mujer esté muerta y sangrando. La multitud presente allí se ha preocupado de apagar el fuego con mantas. De hecho, muchos viandantes y vecinos intentaron socorrer a la joven mujer. Desde las ventanas y balcones colindantes arrojaron toallas mojadas y botellas de agua. Desde la calle también arrojaron chaquetas y jerseys, a fin de sofocar las llamas. Desde el piso quinto de un edificio contiguo el funcionario de la brigada criminal *Peter Sperber* escucha. El mismo observa a través de la ventana, ve a una multitud que se desplaza, toma su pistola y baja a la calle. Cuando el fuego cesó, una señora relató lo sucedido, y señaló a *Kazim*, que con el cuchillo que había arrojado al suelo, huía entre la gente. Finalmente *Kazim* dijo a los funcionarios que le tomaron declaración: “*yo he hecho lo correcto*”. Durante la investigación, *Kazim* confesó a la Policía que ante el caso de divorcio y de que su esposa regresara al Kurdistán, siempre se había dicho “*esta mujer estaría mejor muerta*” “*llegado el momento*”. *Sazan* conocía esa amenaza. Cierta tarde, aquélla encontró en el pollete de la ventana de su cocina una cinta de casete, con una grabación de *Kazim*, que decía: “Hoy es el día 18 de octubre de 2005, 20’30 horas” “Escucho un casete del Corán y juro tres veces antes de empezar a contar... “, véase, Sueddeutsche.de/muenchen/artikel/420/136152, 4 octubre 2007.

amenazar a la cajera de la gasolinera. Finalmente, *Muharred* fue condenado a pena privativa de libertad de 3 años y 9 meses y su hijo *Mehmet* a tres años y tres meses⁴.

- c) “*Souad*, una campesina cisjordana de 17 años, quedó embarazada siendo soltera; para “salvar el honor de la familia”, un cuñado le arrojó gasolina y le prendió fuego. La muchacha salió huyendo en llamas y unas vecinas le llevaron al hospital. Al visitarla, su madre le ofreció un vaso de agua con veneno. Un médico lo vio y le salvó. *Jacqueline Thibault*, de la ONG *Terre de Hommes*, con la ayuda de un médico palestino, convenció a los padres de *Souad* de que, ya que iba a morir, mejor que muriese lejos. De este modo, consiguió un salvoconducto israelí, refugiándose en un país europeo. Ha sido sometida ya a 27 operaciones para eliminar las manchas en el cuello y la cara. La infamia del crimen de honor persiste en Oriente Próximo, Pakistán. Un miembro de la ONG *Terre de Hommes* ha registrado 6.000 casos anuales de esa peculiaridad cultural”⁵.
- d) *Julián*, de etnia gitana, teniendo conocimiento de la infidelidad de su esposa y actuando conforme a lo que él considera el “*Código de honor*” de su raza, ataca un día, con un cuchillo de grandes dimensiones, a su esposa y a su presunto amante, cuando salen de un hotel, hiriéndoles gravemente⁶.
- e) *Abdul*, padre de origen gambiano acudió a la Sección de Cirugía pediátrica de un hospital de Girona, pidiéndole a la doctora que le practicara una ablación a su hija pequeña⁷.

Ante estos ejemplos, ¿cabe castigar a los sujetos por las acciones típicas descritas? ¿Deben tenerse en cuenta la influencia de los *factores socioculturales* en la actuación de aquéllos?

II. Los “*factores socio-culturales*” y su integración en las sociedades democráticas

El problema ético de las *minorías étnicas* y de la llamada “*diversidad cultural*”⁸ ha sido objeto de estudio reciente, en los últimos tiempos, siendo loable el fin

⁴ 114 Js 12862/06, véase *Der Spiegel*, nº34, 20.08.07, pp.52-56.

⁵ Véase *El País* del 25 de octubre de 2003, p.64, citado por *Garzón Valdés*, *Calamidades*, op.cit., pp.100-101, n.11.

⁶ Ejemplo citado por *Muñoz Conde*, *El error en Derecho Penal*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1989, p.16.

⁷ *El País*, nº 8741, 29 abril 2001, p.28, cit por *Jericó Ojer*, *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*, Ed.La Ley, Grupo Walters Kluwer, Madrid, 2007, p.575, n.272.

perseguido, así como la supuesta preservación de las llamadas *identidades colectivas*, llegándose a la conclusión de defender la inconsistencia de las excepciones culturales.

Desde el **punto de vista penal**, el tema puede ser enfocado de otra forma: una cosa es que la cultura no sirva de eximente directa con base en la vulneración de la identidad (al modo de los derechos poliétnicos de *Kymlicka*⁹) y otra que de *forma indirecta*, cierta formación y ambientes culturales conlleven una “*imposibilidad de percepción*” correcta de hechos penalmente ilícitos. Cabría entonces explorar las implicaciones desde el punto de vista de las *eximentes penales*.

Antes de pronunciarme concretamente sobre el significado y efectos de los valores subculturales, -si es que lo tienen-, en el ámbito del Derecho penal, resulta conveniente referirse siquiera sea brevemente, al fenómeno de la *diversidad cultural* en las modernas sociedades democráticas.

En concreto, se trata de averiguar si las “excepciones culturales” presentan una consistencia dentro de las sociedades democráticas o no. Voy a anticipar mi conclusión al respecto, pronunciándome en sentido negativo, negando cualquier trascendencia a las “excepciones culturales” en los Estados de Derecho. Esta afirmación descansa sobre tres premisas fundamentales, como son, la confusión entre “*tolerancia y relativismo moral*”, de otro, la confusión entre “*diversidad cultural y enriquecimiento moral*”, y, finalmente, la confusión entre “*unidad cultural y unidad institucional*”.

En resumen, no cabe sostener que las excepciones culturales tengan una consistencia dentro de las sociedades democráticas, sobre todo, porque quienes propugnan la validez de aquélla parten de premisas erróneas como las expuestas anteriormente.

Sin embargo, no debe despreciarse el respeto al **derecho de las minorías**, dentro de lo que se ha venido en llamar “renacimiento étnico”, priorizando los derechos de aquéllas. La **relevancia ética de las comunidades étnicas** ha sido puesta de relieve por *Will Kymlicka*, al sostener que “la *membretería* de una comunidad es un bien primario cuya defensa debería propiciar también los liberales inspirados por un igualitarismo del tipo expuesto por John Rawls”¹⁰.

⁸ Véase en detalle, *Garzón Valdés, Ernesto*, Calamidades, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004, pp.93 ss.,

⁹ Véase nota 2.

¹⁰ En este sentido, véase *Garzón Valdés*, “Pluralidad étnica y unidad nacional: Consideraciones ético-políticas sobre el caso de México”, en *Derecho, Ética y Política*, Madrid, Centro de Estudios

Con independencia de discrepar de tales argumentos, negando que la pertenencia a un grupo determinado sea una necesidad primaria o elemental, la existencia de una tradición cultural -en el sentido de *Miller*¹¹ o de una civilización como sostiene *Huntington*¹²- no implica irremisiblemente la necesidad de su mantenimiento, ni en absoluto, que tal estabilidad posea, *per se*, algún valor moral. Si consideramos que ciertos países cuentan entre sus tradiciones con la *pena de muerte o el castigo con azotes* (el llamado “*pago en sangre*”), la discriminación de la mujer, o la vigencia de un derecho penal ancestral, conforme al cual al ladrón debe cortársele la mano, es obvio que a ciudadanos extranjeros de países occidentales, tales prácticas nos resulten deleznable, cuanto menos, si bien a muchos de los habitantes de *Arabia Saudí* este tipo de tradiciones supone un reforzamiento de su identidad. Con respecto a nuestro punto de vista cultural, tales tradiciones suponen una “repugnancia moral” al implicar “la violación de los más elementales derechos humanos fundamentales al servicio de una tradición cultural cuya desaparición definitiva no me parecería lamentable”¹³.

c) En tercer lugar, también hay que detectar la ***confusión que existe entre unidad cultural y unidad institucional***, conforme a la cual se considera que entre ambas media una relación de necesidad recíprocamente condicionante.

A este respecto, cabe referirse al *Pacto Internacional Sobre Derechos Civiles y Políticos*, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1996. En concreto, el **artículo 27** dispone que: “*En los Estados en los que existen minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión a emplear su propio idioma*”.¹⁴

Constitucionales, 1993, pp.911-942, especialmente pp.931 ss.; *el mismo*, Calamidades, op.cit., p.105, n.19.

¹¹ En opinión de *David Miller*, “los límites nacionales serían éticamente relevantes, ya que ‘las naciones son comunidades éticas. Son las delimitaciones del paisaje ético (...) una versión adecuada de la ética debería otorgar relevancia a los límites nacionales y sobre todo no hay, en principio, ninguna objeción en contra de esquemas institucionales diseñados para otorgar beneficios exclusivamente a quienes se encuentran dentro de las mismas fronteras que nosotros mismos”, en “The Ethical Significance of Nationality”, en *Ethics*, vol.98, n°4 (julio 1988), pp.647-662 y “In Defence of Nationality”, en *Journal of Applied Philosophy*, vol.10, n°1, 1993, pp.3-16, especialmente p.5; asimismo, *Garzón Valdés*, Calamidades, op.cit., pp.105-106, nn.21 y 23.

¹² Véase *Samuel P. Huntington*, “The Clash of Civilizations?”, en *Foreign Affairs*, vol.72, n°3 (1993), pp.22-49. Asimismo, *Garzón Valdés*, Calamidades, op.cit., p.105, n.22.

¹³ En este sentido, Véase *Garzón Valdés*, Calamidades, op.cit., pp.113-114.

¹⁴ Al margen de esta Declaración, como desarrollo legislativo se han formulado diversas Declaraciones de

En definitiva, se trata del problema del “*derecho alternativo*”, considerando como tal al “derecho indígena”, siendo denominador común a las diversas disposiciones legislativas la idea del “valor moral de las comunidades étnicas o culturales y la prioridad de sus derechos frente a los derechos individuales”. Siguiendo a *Kymlicka*, “existirán derechos culturales de las comunidades étnicas que requerirían una protección institucional, ya que son las estructuras culturales las que proporcionarían el ‘contexto de elección’ para el desarrollo pleno de la autonomía individual”¹⁵.

En este contexto, si bien es obvio afirmar el respeto de los derechos de las citadas minorías, las principales dificultades se plantean cuando se trata de prácticas que violan el núcleo de los derechos humanos. Por ejemplo, ¿qué tipo de argumento puede esgrimirse para sostener la *circuncisión femenina* o la llamada *violación punitiva*?

Si desde el punto de vista moral, tales prácticas son reprochables, el hecho de realizarlas “en sitios apartados” y “sin ninguna publicidad” no es argumento para su legitimación. De ahí que resulte dudoso la aceptación de un “derecho alternativo” en las minorías étnicas que practican la ablación genital en Estados donde aquella es punible.

No obstante, un sector minoritario representado por *Javier De Lucas* ha tratado de justificar la práctica de tales tradiciones, defendiendo su impunidad, con el argumento de entender que “ello tendría efectos negativos, como por ejemplo, lo clandestino de

carácter internacional y nacional, en idéntico sentido al expresado en el texto referenciado. Valga de cita, por ejemplo, **Informe Interanual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe Anual 1984-85)** reconoció el “derecho de los grupos étnicos a una protección especial para (...) todas aquellas características necesarias para la preservación de su identidad cultural”; el **Convenio 169 de la OIT de 1989**, al exigir a las respectivas legislaciones nacionales la consideración por las costumbres o el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas; el **Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, de 20 de abril 1994 (art. 3:** “Los pueblos indígenas tienen el derecho a la autodeterminación. En virtud de ese derecho, son libres para determinar su estatus político y promover libremente su desarrollo económico, social y cultural”; **art. 4:** “Los pueblos indígenas tienen el derecho a conservar y reforzar sus sistemas jurídicos conservando al mismo tiempo sus derechos a participar plenamente, si así lo eligen, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”; **art. 15:** “Los niños indígenas que viven fuera de sus comunidades tienen el derecho a que se les proporcione el acceso a la educación en su propia cultura e idioma. Los Estados deben adoptar medidas efectivas para facilitar los recursos apropiados a estos fines”; **art. 33:** “Los pueblos indígenas tienen el derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus costumbres jurídicas distintivas, tradiciones, procedimientos y prácticas, de acuerdo con las pautas de los derechos humanos internacionalmente reconocidos”; **art. 37:** “Los Estados adoptarán medidas efectivas y apropiadas, en consulta con los respectivos pueblos, a fin de dar efectividad plena a las disposiciones de esta Declaración”; **art. 43:** “Todos los derechos y libertades reconocidos aquí están igualmente garantizados para los individuos indígenas hombres y mujeres”; La **Constitución Mexicana**, incorporada en **1992** establece en su **art. 4** que “(...) La ley protegerá y promoverá el desarrollo (...) sus culturas, usos, costumbres (...) En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos (los pueblos indígenas, EGV) sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la Ley”; El **Indian Act de Canadá** establece derechos especiales para los indígenas que viven en reserva dentro del territorio nacional; cit por *Garzón Valdés*, *Calamidades*, op.cit., pp.117-118.

¹⁵ Véase *Kymlicka*, *Liberalism*, op.cit., p.178.

estas prácticas, aparición del síndrome de resistencia y *victimización* del grupo frente a la mayoría, perjuicios para la auténtica víctima (que, en los casos de escisión a los que me he referido, ve destruida la unidad familiar, puestos en cuestión los lazos de la misma, experimenta el rechazo por parte del grupo y con él la negación de su identidad, etcétera)¹⁶.

En mi opinión, esta argumentación no resulta sostenible en ningún caso, pues si se condiciona la defensa de la identidad o de la unidad familiar a la realización de estas prácticas humillantes, resulta imposible encontrar una justificación desde el punto de vista moral. Conforme con ello, de *lege ferenda* sería loable tanto que las minorías culturales renunciasen a estas prácticas consuetudinarias tan inhumanas, como que los Estados¹⁷, siguiendo los ejemplos de países como España¹⁸, Reino Unido y Suecia¹⁹, las prohibieran con contundencia, tipificando en sus códigos penales la perpetración de las mismas.

Tradicionalmente, la cuestión del llamado “*derecho alternativo*” se ha vinculado con la “*necesidad de justificación de los ordenamientos jurídicos*”. Y si tal justificación es siempre de índole moral, y no puede limitarse únicamente a razones culturales, en los

¹⁶ Véase, Javier de Lucas, „Elogio de Babel“? Sobre las dificultades del derecho frente al proyecto intercultural“, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 31 (1994), pp.15-39, p.33; cit por Garzón Valdés, *Calamidades*, op.cit., p.122, n.62.

¹⁷ En este sentido, el Senado de los Estados Unidos de América tipificó en 1996 como “*delito federal*” la ablación femenina cuando es practicada en territorio norteamericano. En esta línea, el Servicio de Naturalización e Inmigración de Estados Unidos considera la posibilidad de conceder asilo político a las mujeres que huyen de sus países ante el temor de ser objeto de mutilación genital (véase *El País*, 3 de mayo 1996, p.27); véase Garzón Valdés, *Calamidades*, op.cit., p.123, n.63.

¹⁸ 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 nº 234, 30 septiembre)** tipificó como delito autónomo la ***mutilación genital*** (“... Por otro lado, la reforma se plantea desde el reconocimiento de que con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe dar adecuada respuesta. Así, como novedad igualmente reseñable, se tipifica el delito de mutilación genital o ablación. Y ello porque la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales. Esta reforma ya había sido planteada en el seno de las Cortes a través de una proposición de ley que pretendía introducir una cláusula interpretativa sobre la represión de la mutilación genital femenina. En la actual reforma se modifica el **artículo 149 del Código Penal**, mencionando expresamente en su nuevo apartado 2 la mutilación genital, en cualquiera de sus manifestaciones, como una conducta encuadrable entre las lesiones de dicho artículo, castigadas con prisión de seis a 12 años.

Se prevé, además, que, si la víctima fuera menor de edad o incapaz, se aplicará la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, si el juez lo estima adecuado al interés del menor. En la mayoría de las ocasiones, son los padres o familiares directos de la víctima quienes la obligan a someterse a este tipo de mutilaciones aberrantes, por lo cual la inhabilitación especial resulta absolutamente necesaria para combatir estas conductas y proteger a la niña de futuras agresiones o vejaciones...”)

¹⁹ En este sentido, véase *Jericó Ojer*, *El conflicto de conciencia*, op.cit., p.570; a su juicio, considera innecesaria la autónoma tipificación de la mutilación genital, al no suponer la colación de ninguna laguna de punibilidad, dado que dichas prácticas podían sancionarse conforme a los tipos regulados en el art.149 CP.

casos de las citadas prácticas tradicionales –contrarias a la dignidad humana–, resulta imposible hallar una de carácter moral, resultando insostenible su justificación. Por consiguiente “el *derecho alternativo* no tiene, por sí mismo, ningún valor moral indiscutible, sino que todo depende de la calidad de los principios y reglas que lo componen. Cuando el *derecho alternativo* impone deberes o establece prohibiciones que violan principios morales, su aceptación es moralmente imposible”²⁰.

Conforme con lo anterior, si se quiere argumentar la justificación de tales prácticas inhumanas y degradantes en virtud de la existencia de un “derecho alternativo”, tal justificación no puede hallar ningún fundamento en una esfera moral, sino sólo en un ámbito cultural, argumento que carece de consistencia en un Estado Social y Democrático de Derecho.

En síntesis, tratando de resumir los argumentos anteriormente expuestos, no cabe sostener la consistencia de los *valores subculturales* dentro de las sociedades democráticas, pues quienes lo propugnan, parten de premisas falsas, degenerando, asimismo, en consecuencias erróneas. En primer término, no es posible admitir la confusión entre tolerancia y relativismo moral, dado que la diversidad cultural no implica, irremisiblemente, la imposibilidad de su conocimiento. De otro lado, la *tolerancia* como valor de la democracia no resulta incompatible, en absoluto, con una concepción universal de los Derechos Humanos, acorde con la formulación de *Grocio* sobre el derecho a la autodefensa, y la prohibición de dañar a los semejantes. Antes al contrario, la tolerancia como principio rector en los Estados democráticos es un principio imbuido de validez universal en cualquier tiempo y lugar.

En segundo lugar, resulta inadecuado admitir la mezcolanza entre diversidad cultural y enriquecimiento moral, pues no es obligado extraer un valor ético desde un punto de vista puramente cultural. Sostener estos argumentos es tanto como negar la separación entre Cultura y Moral, desconociendo, asimismo, la principal función de ésta. Asimismo, pretender defender una tradición cultural lesiva de los derechos humanos fundamentales y la dignidad de la persona, resulta insostenible desde los parámetros del Estado de Derecho.

En tercer lugar, la tercera premisa errónea parte del postulado de afirmar una “*relación de necesidad recíprocamente condicionante entre unidad cultural y unidad*”

²⁰ Véase *Garzón Valdés*, *Calamidades*, op.cit., p.123.

institucional”, conectando con el problema del denominado “*derecho alternativo*”. Y si bien, debe sostenerse la defensa de un derecho de minorías, y el denominador común debe ser el *valor moral* de las comunidades étnicas o culturales, en los casos de prácticas tradicionales tan deleznable como las citadas *supra*, resulta muy difícil mantener la consistencia de las mismas, al resultar contrarias a la moral, y resultar insuficiente su mantenimiento exclusivamente desde un plano cultural.

Así las cosas, al margen de la *perspectiva político-sociológica* anteriormente abordada, conviene reflexionar sobre el significado de los valores subculturales desde una *perspectiva metodológica*. Es evidente que el Derecho tiene una esencia *normativa*. Hoy, el Derecho en general, y de modo más acentuado aún el Derecho penal, está constituido por un conjunto de *normas (leyes) positivas* que pretenden regular la convivencia entre los hombres, pero no hay que olvidar que la génesis de toda norma arranca del reconocimiento de determinados valores y que, por ello mismo, toda norma jurídica se orienta y remite necesariamente a *valores*. Al Derecho y a la Ciencia que lo tiene por su objeto ha de serles reconocido, por lo tanto, y sin la menor duda, un carácter esencialmente valorativo o normativo²¹.

No obstante lo anterior, el Derecho se origina y se proyecta siempre a la *realidad*. De ahí que en la Ciencia del Derecho en general, y, como es sabido, en la del Derecho penal en particular, la cuestión relativa a las relaciones entre la *realidad* y el *valor* o la norma sea una de carácter fundamental y una que, por ello mismo, se muestra como un objeto de permanente reflexión y discusión en nuestra disciplina.

A mi juicio, una polémica entre *normativismo* y *ontologismo* sólo puede plantearse si se adopta una posición extrema y unilateral a favor de una o de otro de estas perspectivas. Mi orientación metodológica fundamental huye de estos extremismos, y se desarrolla a partir de la idea de que la Ciencia del Derecho tiene un carácter esencialmente normativo, porque no puede dejar de orientarse a valores. Sin embargo, creo que es necesario reconocer que la posibilidad de valorar y de normar tiene que encontrar un límite en las estructuras de la realidad²².

Defiendo una opción metodológica que trata de sintetizar, en la línea sugerida por *Schünemann* en Alemania, y *Gracia Martín* en España, la dimensión normativa con la

²¹ Véase *Gracia Martín*, Prólogo al libro de M^a Ángeles Rueda Martín, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, pp.29 s.

²² Véase en este sentido, recientemente *Schünemann*, *La relación entre ontologismo y normativismo*, op.cit., pp.662 s.; en el mismo sentido, *Gracia Martín*, Prólogo, op.cit., pp.30 ss.

realidad ontológica que traza límites al contenido de las normas. Como el primero de los mencionados autores, abogo por un “pensamiento dualista compuesto de lógica material y razón práctica” que estaría “en condiciones de fundamentar el Derecho penal de la sociedad postmoderna ni de modo reaccionario ni arbitrario, sino de manera verdaderamente adecuada”²³. En este sentido, y con palabras de *Schünemann* me parece “acertado el punto de partida de *Welzel* de que si no se considera a la realidad se puede llegar a una regulación jurídica incorrecta”, que “en el caso de una ley, podría conducir a su inconstitucionalidad”, y que para evitar esto es necesario “desarrollar los principios normativos de modo tal que sean tomadas en cuenta las estructuras ontológicas y, a decir verdad, no sólo las verdades eternas, sino también las estructuras de la realidad social quizás variables, pero que existen actualmente de un modo determinado”²⁴. Comparto, pues, con el autor alemán, que éstas son las posiciones que “se impondrán en el futuro y cuyas condiciones de validez habrán de ser analizadas en un ulterior y más amplio estudio. Por consiguiente, asumo una dirección metodológica sintética que podemos denominar “*ontológico-normativa*” o “*normativa-realista*”.

Me parece necesario, por otro lado, que el sistema jurídico esté sometido a un control valorativo externo que condicione y limite su validez. En este sentido, considero que el valor del *respeto a la dignidad de la persona* ha de tener el rango de un límite inmanente al Derecho²⁵ y que dicho límite valorativo debe proscribir como ilegítimo a todo sistema jurídico que sea incompatible con el referido valor aunque goce de la propiedad de ser *funcional* para la estabilidad de una sociedad. En definitiva, del valor mencionado del respeto a la dignidad de la persona, deduzco que sólo puede ser legítimo un sistema jurídico -y en particular un sistema penal- de base y orientación democráticas, pues entiendo con *María Zambrano* que “persona y democracia” son conceptos indisolubles y que se implican mutuamente de un modo necesario, es decir, *a priori* en terminología kantiana²⁶.

²³ Véase *Bernd Schünemann*, “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaften”, GA, 1995, p.203 (= ADPCP, 1996, p.189); *el mismo*, “Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft”, en Roxin-FS, 2001, pp.1-32; y *el mismo*, La relación entre ontologismo y normativismo, pp.654 ss.

²⁴ Véase *Schünemann*, La relación entre ontologismo y normativismo, p.660.

²⁵ Véase, en este sentido, *Cerezo Mir* PG I, 5ª ed., op.cit., p.18, donde reconoce al respeto debido a la dignidad humana como un principio material de justicia inmanente al Derecho y de validez *a priori*.

²⁶ Véase *María Zambrano*, Persona y democracia, Ediciones Siruela, Madrid, 1996, *passim*, especialmente pp.121 ss.

Por consiguiente, desde el valor de la *tolerancia a la diversidad cultural*, únicamente debe afirmarse la consistencia de los valores subculturales de los grupos étnicos en el marco de las sociedades democráticas, si aquéllos respetan el núcleo mínimo de los derechos humanos, universalmente reconocidos, y no resultan contrarios a la dignidad de la persona humana. Tratar de mantener la práctica de costumbres ancestrales, transgresoras de los derechos humanos fundamentales, con el sólo argumento de servir a la tradición cultural, resulta incompatible con los postulados fundamentales del Estado de Derecho.

III. El error de comprensión culturalmente condicionado en la teoría jurídica del delito y su fundamentación político-criminal

Para la imposición de una pena, no basta con la realización de una acción u omisión típica y antijurídica. Es precisa, además, la *culpabilidad* del autor. “El concepto de culpabilidad -dice *Welzel*- “añade al de la acción antijurídica un nuevo elemento, que es el que la convierte en delito”²⁷. La culpabilidad, pues, es la tercera categoría dogmática del concepto de delito²⁸.

De acuerdo con la teoría normativa dominante, entiendo la culpabilidad como el juicio de *reproche personal o individual* que formula el ordenamiento contra el autor de un hecho típico y antijurídico²⁹. Este enunciado de la teoría normativa, sin embargo, tiene sólo un carácter formal, pues el mismo no explica nada acerca de los fundamentos y de las condiciones del juicio de reproche³⁰. Estas cuestiones sólo pueden encontrar respuesta en un concepto material de culpabilidad que explique por qué y en qué medida puede el ordenamiento formular ese juicio de reproche al autor individual. Sin duda, el concepto material de culpabilidad puede ser calificado como el talón de Aquiles de la teoría del delito.

Aunque la concepción material de la culpabilidad (“*Schuld in materiellen Sinne*”) como “*capacidad del sujeto de obrar de otro modo*” goza actualmente de un fuerte respaldo en la doctrina³¹ y, por ello, puede decirse que aún es dominante, lo cierto es

²⁷ Véase *Welzel*, El nuevo Sistema del Derecho penal, p.79.

²⁸ En este sentido, véase *Cerezo Mir*, PG II, pp.19 ss.

²⁹ Véase en este sentido, por ejemplo, *Cobo/Vives* pg, 5ª ed., p.554 s.; *Muñoz Conde*, PG, pp.357 ss.; *Cerezo* PG III, 2001, pp.16, 25; *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., pp.138 ss.; *Jescheck/Weigend* AT, 5ª ed., pp.420 ss.; *Jakobs* AT, 2ª ed., pp.475 ss.; *Roxin*, AT I, 3ª ed., pp.730 s.

³⁰ Véase, en este sentido, *Cerezo* PG III, p.26.

³¹ Véase, en este sentido, por ejemplo, *Cobo/Vives* PG, 5ª ed., pp.539 ss.; 549 ss.; *Cerezo* PG III, pp.38 ss.; *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., pp.138 ss.; *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, pp.279 ss.;

que la misma viene siendo objeto de serios reparos ya desde hace muchos años³². A la misma se opone, sobre todo, el argumento de la imposibilidad de demostrar científicamente, esto es, empíricamente, la capacidad individual de obrar de otro modo en la situación concreta en que se hallaba el delincuente al realizar la acción típica y antijurídica³³.

En los últimos tiempos, sin embargo, *Schünemann* ha realizado profundas investigaciones, con base en las ciencias empíricas de la conducta y en las estructuras del lenguaje, que apuntan a que sí es demostrable la capacidad individual de obrar de otro modo, y aunque los resultados me parecen sugestivos, lo cierto es que por el momento me parecen aún discutibles y no estoy en condiciones de afirmar ni de negar su validez³⁴.

Por esta razón, en el presente, sigo el concepto material de culpabilidad, propuesto por *Muñoz Conde*, y considero que el mismo hay que deducirlo de la *función de motivación de la norma*^{35/36}. Según esto, lo decisivo no es si el autor tiene capacidad de

Schünemann, Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland, en *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Duncker & Humblot, Berlin, pp.151 ss.

³² La crisis de esta concepción material de la culpabilidad arranca sobre todo de la crítica de *Engisch*, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1965, especialmente, pp.23 ss.

³³ Véase, en este sentido, por ejemplo y sobre todo, *Gimbernat*, en sus *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pp.140 ss.; 162 ss.

³⁴ Véanse, sobre todo, sus trabajos inéditos, ahora recogidos en la traducción española de *Schünemann*; *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp.37 ss.; 114 ss.

³⁵ Véase *Muñoz Conde*, *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform*, en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Carl Heymanns Verlag, 1974, pp.324 ss.; *el mismo*, en III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Universidad de Santiago de Compostela, 1976, pp.229 ss.; *el mismo*, GA, 1978, pp.73 ss.; y *Muñoz Conde* PG, pp.363 ss. En la doctrina española, la función de motivación de la norma ha sido defendida, entre otros, por *Antón Oneca*, *Derecho Penal, Pare General*, Tomo I, Ed. Gráfica Administrativa, Madrid, 1949, pp.6 y ss.; *Gimbernat Ordeig*, “Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?”, en *ZStW*, 28, fasc.2, 1970, pp.379-410 (versión castellana, “Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?”, en *Problemas actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho. En homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1970, pp.495-523); *el mismo*, “El sistema del Derecho Penal en la actualidad”, en *Anuario de Ciencia Jurídica*, I, 1971-72, pp.265-288; *Mir Puig*, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, Bosch, Barcelona, 1976, pp.56 ss.; *el mismo*, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona, 1979, pp.28 y ss. (2ª ed., 1982, también en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994, pp.46 ss.); *el mismo*, *Derecho penal, Parte general*, 6ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2002, pp.68 y ss.; 7ª ed., 534 ss.; *Luzón Peña*, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978, pp.219 ss.; *el mismo*, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, p.26; *Cerezo Mir*, *Curso*, op.cit., p.17; *Carbonell Mateu*, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp.57 ss.; *Cobo del Rosal/Vives Antón*, *Derecho penal, Parte general*, 5ª ed., corregida, aumentada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp.42 ss. Asimismo, *Octavio de Toledo y Ubieta*, *Sobre el concepto de Derecho penal*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1981, pp.97 ss.; citado por *Polaino Navarrete*, *Instituciones de Derecho Penal. Parte General*, Editora Jurídica Grijley, Lima (Perú), 2005, p.137, n.42. Véase asimismo,

elección entre varias opciones de conducta, sino si es un sujeto *motivable* por la norma. De este modo, cualquier alteración de la capacidad de motivación por la norma deberá reflejarse en la culpabilidad, para excluirla o disminuirla.

De acuerdo con este *concepto material de culpabilidad*, la estructura de ésta se compone de los siguientes *elementos*³⁷:

- a) *La imputabilidad*. La imputabilidad es la capacidad de culpabilidad, es decir, capacidad de motivarse por las normas jurídicas³⁸. Esta capacidad requiere, a su vez, de la capacidad intelectual de comprensión de lo injusto y de la volitiva de obrar conforme a dicha comprensión. Estas capacidades suponen un cierto grado de desarrollo y madurez bio-psíquicos y no padecer alteraciones psíquicas, aunque también influyen en los mismos factores socioculturales³⁹, y la imputabilidad queda excluida o disminuida por las denominadas causas de inimputabilidad completas o incompletas.
- b) *El conocimiento de la antijuridicidad*. Aunque un sujeto sea imputable en general, la comprensión de lo injusto es un presupuesto necesario de la motivabilidad por la norma en el caso concreto, de modo que el desconocimiento de la antijuridicidad excluye la culpabilidad⁴⁰. En *materia de error de prohibición*, sigo la teoría de la culpabilidad⁴¹. Si el error es invencible, el hecho realizado por el autor es doloso, pero queda exento de

Rodríguez Mourullo, Derecho Penal. Parte General, Civitas, Madrid, 1977, pp.80 ss; Bajo Fernández, “Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma”, en Agustín Fernández Albor y otros, Estudios Penales y Criminológicos, Tomo I, Servicio de Publicaciones de la Universidad, Santiago de Compostela, 1977, pp.17 ss.; García-Pablos de Molina, Introducción al Derecho penal, 3º ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, pp.457 ss.; cita de Polaino Navarrete, Instituciones, op.cit., p.137, n.42.

³⁶ En sentido *crítico*, se ha pronunciado Polaino Navarrete, esgrimiendo tres objeciones; en primer lugar, la teoría de la motivación “parte del supuesto de que la norma genera siempre una motivación en el ciudadano”, resultando este presupuesto indemostrado e indemostrable. En segundo lugar, “de un supuesto *efecto psicológico* en la psique del ciudadano (...) no puede extraerse consecuencias de fundamentación *dogmática* en la teoría del delito”. Finalmente, “subyace el problema del *conocimiento de la norma* por parte de los ciudadanos. Para que la norma pueda ejercer un efecto motivador (esto es, para que los ciudadanos puedan adecuar su comportamiento a la norma) es necesario, como presupuesto, que los ciudadanos conozcan no sólo la existencia de la norma, sino el contenido exacto de la misma. ¿Cómo se explicarían, pues, los supuestos en que no existe ese conocimiento íntegro, sino un conocimiento absolutamente parcial, un desconocimiento absoluto o, incluso, un conocimiento absolutamente erróneo? ¿Ejercería en estos casos la norma su supuesta función de motivación?” Es, cuanto menos, una cuestión discutible”, en Derecho penal. Parte general, Tomo I. Fundamentos científicos del Derecho penal, Ed. Bosch, 5ª ed. Actualizada, Barcelona, 2004, pp. 193-194.

³⁷ Véase Muñoz Conde PG, pp.366 ss.

³⁸ Véase Muñoz Conde PG, pp.371 ss.

³⁹ Véase Muñoz Conde PG, p.373.

⁴⁰ Véase Muñoz Conde PG, pp.395 ss.

⁴¹ Sobre esta teoría, véase la exposición de Cerezo PG III, pp.121 ss.

culpabilidad, y si es vencible, se atenúa la pena del delito doloso en virtud de la disminución de la culpabilidad que supone el error⁴². Por lo demás, en virtud de mi rechazo de la teoría de los elementos negativos del tipo, sigo la teoría de la culpabilidad *pura*, de modo que considero que el error sobre los presupuestos de las causas de justificación es un error de prohibición y no de tipo⁴³.

- c) **Exigibilidad.** La capacidad de motivación puede darse en general en el sujeto, pero es necesario que se dé también en cada caso concreto. Esta capacidad del sujeto puede verse afectada en virtud de determinadas circunstancias extraordinarias en las cuales no puede ser exigido al sujeto que se motive por la norma. Así sucede cuando concurren las denominadas *causas de inculpabilidad*. Nuestro Derecho positivo reconoce tres: el estado de necesidad en conflicto de intereses iguales, el miedo insuperable y el encubrimiento entre parientes. No obstante, considero que la inexigibilidad de obrar conforme a la norma debe ser entendida como causa suprallegal de exclusión de culpabilidad.

Una vez realizadas estas breves consideraciones dogmáticas a modo de introducción, y conforme al sistema secuencial de la teoría del delito, se trata de ubicar sistemáticamente los *factores socio-culturales* y, en su caso, eximir o atenuar de responsabilidad criminal a quien actúa bajo la influencia de aquéllos, pues como ha afirmado *Hassemer*, “no puede procederse al tratamiento sistemático de un determinado problema de forma arbitraria, el sistema del hecho punible no sólo tiene unas reglas técnicas para la comprobación de la penalidad, sino también una jerarquía normativa de los grados de imputación”⁴⁴.

Conforme con ello, y dada la variedad de supuestos a los que nos enfrentamos cada día, no todos recibirán idéntico tratamiento dogmático, ni conllevarán, por tanto, las mismas consecuencias jurídicas. Incluso, afirmando la exención de pena en ciertos casos puntuales, no dará igual que la exclusión de sanción se fundamente en la ausencia

⁴² Véase *Muñoz Conde* PG, pp. 398.

⁴³ Véase *Muñoz Conde* PG, p.400 (pero no estoy de acuerdo con la excepción que establece para los casos en que la percepción errónea caiga dentro del riesgo permitido, para los que propone un tratamiento igual que los casos en que concurre realmente el presupuesto objetivo de la causa de justificación)

⁴⁴ Véase *Hassemer*, Fundamentos del Derecho penal, traducción de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde, Barcelona, 1984, p.305.

de tipicidad, o que admitida la tipicidad y la antijuridicidad, el sujeto resulte inimputable, debiendo resolverse la cuestión gradualmente.

Detalladamente, en otro lugar⁴⁵, he tratado de solucionar la problemática del error culturalmente condicionado, sin haber obtenido ninguna respuesta satisfactoria en las distintas categorías jurídicas del delito.

En primer lugar, eliminando su posible tratamiento como “*delincuencia de conciencia*”, al no concurrir ningún imperativo de conciencia que conmine al autor a actuar de una determinada manera, ni incidir en la llamada libertad de conciencia, el problema podría resolverse como un caso de *autoría por convicción*, dado que el sujeto actúa movido por una tradición, sin carácter religioso.

En segundo término, partiendo de un concepto material de culpabilidad, deducido de la *función motivadora de la norma*, no cabe afirmar *a priori* que los *factores socioculturales* incidan en la culpabilidad del sujeto, como posible *causa de inimputabilidad* (anomalía o alteración psíquica/alteración en la percepción), al no concurrir ninguno de los presupuestos exigidos en aquéllas.

En tercer lugar, acorde con el concepto material de culpabilidad que sostengo, para afirmar la culpabilidad no basta sólo la capacidad de culpabilidad en general, sino que la *comprensión de lo injusto* se configura en presupuesto necesario de la *motivabilidad* por la norma en el caso concreto, de modo que el desconocimiento de la *antijuridicidad* excluye la culpabilidad. Es precisamente en esta sede, a mi juicio, donde deben resolverse los casos expuestos, relativos a errores culturalmente condicionados, como error de prohibición. Ahora bien, si entendemos por *error de prohibición directo* el que recae sobre la norma misma, esto es, sobre la representación de la valoración jurídica del acto conforme a la norma prohibitiva, resulta difícil aplicarlo en estos casos, siendo preferible la opción del *error de prohibición indirecto*, dado que el sujeto actúa bajo la falsa convicción de estar amparado por una causa de justificación.

En el plano práctico, retomando uno de los supuestos más llamativos, como son los casos de mutilaciones genitales detectados, se ha utilizado como “coartada” “la ausencia de competencia territorial de los tribunales españoles, alegando oportunamente haberse realizado la operación allende las fronteras”, lo que revela **el conocimiento por**

⁴⁵ Véase *Monge Fernández*, El extranjero frente al Derecho penal (el error cultural y su incidencia en la culpabilidad), Ed. Bosch, Barcelona, 2008, *passim*.

parte del infractor del mandato normativo⁴⁶. Es más, acudir a la solución del error de prohibición directo como criterio general para solventar tal problemática no resulta factible, pues “el hecho de que la mayoría de las intervenciones se realicen en la clandestinidad supone un **indicio** del conocimiento de la antijuridicidad que haría desaparecer el error de prohibición, lo que no implica que no existan casos, generalmente muy excepcionales, en donde sí sea admisible, concretamente en aquellos países en donde la práctica de la mutilación esté permitida o sea muy extendida⁴⁷.”

En cuarto lugar, tampoco parece viable alegar una *eximente por analogía*, argumentando la existencia acerca de un error sobre la punibilidad de la conducta, según la tesis de *Luzón Peña*. El hecho de que el sujeto realice un delito de este tipo porque así se lo exige su conciencia o porque forma parte de la *tradición* no aportaría ningún “plus” que permita plantear un tratamiento diferenciado a estos casos. Sin embargo, deberá analizarse caso por caso si el sujeto desconocía la sanción penal atribuible a la conducta y si existía una disminución real de la capacidad de motivarse por la norma, lo que, en nuestra opinión, a pesar de poder sostenerse en algún supuesto, ocurrirá de manera excepcional.

En quinto lugar, no es admisible la existencia de un *error de validez* (“*der Gültigkeitsirrtum*”), puesto que la contradicción de las consideraciones de conciencia o la alusión a la tradición o la costumbre en relación a lo establecido en el artículo 149.2 CP jamás podría ser considerado como fundamento legal de incumplimiento, al entenderse también que el cumplimiento de las normas no depende de que el sujeto las acepte en conciencia o sean contrarias a los presupuestos tradicionales de la sociedad de origen. Es posible que en algunos supuestos se admita el **error sobre los límites de una causa de justificación** (“*der Irrtum über Existenz oder Grenzen eines Rechtfertigungsgrundes*”) al considerar que la libertad de conciencia o de libre desarrollo de la personalidad permite la mutilación genital, aunque se deberá tener en cuenta que su admisión será independiente de las motivaciones especiales que hayan conducido al sujeto a realizar el hecho⁴⁸.

⁴⁶ En este sentido, se ha pronunciado acertadamente *Herrera Moreno*, RDP 5, 2002, p.75.

⁴⁷ Cabe citar un caso recogido en el Diario *El País*, “La ablación de niñas se practica en España”, nº 8741, 29 de abril 2001, 28, en donde se recoge el testimonio de una doctora de un hospital de Girona que relata cómo un padre de origen gambiano le pidió si podía practicar la ablación a la pequeña, pues en opinión de la doctora, el inmigrante “leyó el cartel de cirugía pediátrica y creyó haber encontrado el lugar adecuado”.

⁴⁸ Véase *infra*, Roxin, n. 49.

En síntesis, respondiendo a la cuestión formulada inicialmente al principio de este trabajo, acerca de la trascendencia de las “excepciones culturales” en los Estados de Derecho, y su correspondiente incidencia en la responsabilidad del sujeto, reflejada en la imposición de una pena, me pronuncio de una manera negativa, cuando se trate de *tradiciones* –mutilación genital, lapidación de viudas- incompatibles con la dignidad de la persona y, en general, con los Derechos Humanos.

No obstante lo cual, en casos concretos y aislados la incidencia de los valores socioculturales en la culpabilidad del sujeto debe tenerse en cuenta, adoptando una solución desde una **fundamentación político-criminal**. Con independencia que en casos puntuales se constate la *inimputabilidad* del sujeto o bien una disminución en la culpabilidad del mismo, el criterio fundamental que debe seguirse a fin de castigar o exculpar al autor debe ser la **necesidad preventiva de pena**. Es decir, se trata de buscar una solución desde una concepción preventiva de la culpabilidad, orientada a los fines de la pena. Conforme con ello, siguiendo a *Roxin*, existen diversos supuestos en los que cabe afirmar la culpabilidad, en el sentido tradicional del “*poder actuar de otro modo*”, aunque desde un punto de vista preventivo general y preventivo especial resulta innecesaria la imposición de una sanción tan grave y drástica como la pena. Es más, si bien no concurre ninguna causa de inimputabilidad, afirmando por tanto, la culpabilidad del autor, no obstante debe negarse la responsabilidad penal, por consiguiente, la necesidad de pena⁴⁹.

IV. Epílogo

En síntesis, respondiendo a la cuestión formulada inicialmente al principio de este

⁴⁹ En este sentido, *Roxin*, Política criminal y sistema del Derecho penal, traducción de Muñoz Conde, Barcelona, 1972, *passim*; *Roxin*, “Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht”, Bockelmann-FS, 1979, p.279 ss. (=“Culpabilidad’ y ‘responsabilidad’ como categoría sistemáticas jurídico-penales”, en Problemas básicos del Derecho penal (traducción de Luzón Peña), Madrid, 1976, pp.200 ss. En concreto, aplica *Roxin* esta solución a un caso **delincuencia por convicción**, que paso a comentar brevemente. Una mujer perteneciente a la Iglesia Evangélica se oponía a la práctica de una transfusión de sangre por simples convicciones religiosas. Posteriormente, se preguntó al marido de aquélla sobre la realización de tal práctica, ante lo cual el esposo refrendó la opinión de su mujer, reafirmando en la negativa a la práctica de la transfusión de sangre. Consecuencia de ello, la mujer falleció, siendo condenado el marido por un delito de la omisión del deber de socorro. No obstante, el *BundesVerfassungsgericht* (El Tribunal Constitucional Federal alemán) decidió anular la sentencia del Tribunal de instancia, alegando básicamente la “falta de necesidad de una sanción penal para este tipo de hechos” (BverfGE, 32, 92 ss.) En opinión de *Roxin*, aun afirmando la culpabilidad en sentido tradicional, no es necesaria la necesidad de pena, negándose, por tanto, la responsabilidad específicamente penal, dado que el sujeto ni se inmiscuyó en la decisión personal de su esposa, ni tampoco con su actitud comprometió la vida de aquélla, véase “Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund”, en Maihofer-FS, 1988, pp.397 ss.

trabajo, acerca de la trascendencia de las “excepciones culturales” en los Estados de Derecho, y su correspondiente incidencia en la responsabilidad del sujeto, reflejada en la imposición de una pena, me pronuncio de una manera negativa, cuando se trate de *tradiciones* –mutilación genital, lapidación de viudas- incompatibles con la dignidad de la persona y, en general, con los Derechos Humanos. No obstante lo cual, en casos concretos y aislados la incidencia de los valores socioculturales en la culpabilidad del sujeto debe tenerse en cuenta, adoptando una solución desde una **fundamentación político-criminal**. Con independencia que en casos puntuales se constate la *inimputabilidad* del sujeto o bien una disminución en la culpabilidad del mismo, el criterio fundamental que debe seguirse a fin de castigar o exculpar al autor debe ser la **necesidad preventiva de pena**. Es decir, se trata de buscar una solución desde una fundamentación preventiva de la culpabilidad, orientada a los fines de la pena. Conforme con ello, siguiendo a *Roxin*, existen diversos supuestos en los que cabe afirmar la culpabilidad, en el sentido tradicional del “*poder actuar de otro modo*”, aunque desde un punto de vista preventivo general y preventivo especial resulta innecesaria la imposición de una sanción tan grave y drástica como la pena. Es más, si bien no concurre ninguna causa de inimputabilidad, afirmando por tanto, la culpabilidad del autor, no obstante debe negarse la responsabilidad penal, por consiguiente, la necesidad de pena⁵⁰.

A modo de epílogo, entiendo que la culpabilidad es condición necesaria, pero no suficiente para la imposición de una pena. En consecuencia, para imponer una sanción penal es necesario que, además de constatar la culpabilidad del autor, concurra la

⁵⁰ En este sentido, *Roxin*, Política criminal y sistema del Derecho penal, traducción de Muñoz Conde, Barcelona, 1972; *Roxin*, “Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht”, Bockelmann-FS, 1979, p.279 ss. (= “Culpabilidad’ y ‘responsabilidad’ como categoría sistemáticas jurídico-penales”, en Problemas básicos del Derecho penal (traducción de Luzón Peña), Madrid, 1976, pp.200 ss. En concreto, aplica *Roxin* esta solución a un caso **delincuencia por convicción**, que paso a comentar brevemente. Una mujer perteneciente a la Iglesia Evangélica se oponía a la práctica de una transfusión de sangre por simples convicciones religiosas. Posteriormente, se preguntó al marido de aquella sobre la realización de tal práctica, ante lo cual el esposo refrendó la opinión de su mujer, reafirmando en la negativa a la práctica de la transfusión de sangre. Consecuencia de ello, la mujer falleció, siendo condenado el marido por un delito de la omisión del deber de socorro. No obstante, el *Bundes Verfassungsgericht* (El Tribunal Constitucional Federal alemán) decidió anular la sentencia del Tribunal de instancia, alegando básicamente la “falta de necesidad de una sanción penal para este tipo de hechos” (BverfGE, 32, 92 ss.) En opinión de *Roxin*, aun afirmando la culpabilidad en sentido tradicional, no es necesaria la necesidad de pena, negándose, por tanto, la responsabilidad específicamente penal, dado que el sujeto ni se inmiscuyó en la decisión personal de su esposa, ni tampoco con su actitud comprometió la vida de aquella, véase “Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund”, en Maihofer-FS, 1988, pp.397 ss.

responsabilidad penal, entendida como necesidad de pena, desde la doble perspectiva preventivo general y especial⁵¹.

* * * * *

⁵¹ Véase *Roxin*, SAT, op.cit., pp.536 y ss. Esta concepción preventiva de la culpabilidad ha sido acogida ampliamente en Alemania, véase, por ejemplo, *Achenbach*, “Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad”, en *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales* (Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º Aniversario, traducción y notas de Silva Sánchez), Ed Tecnos, Madrid, 1991, pp.134-146; y *Schünemann*, “La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal Preventivo”, en *El sistema moderno del derecho penal*, op.cit., pp.147-178. Asimismo, *Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1991, p.

El quebrantamiento de condena en el ámbito de la violencia familiar

~Prof. Dr. Fernando de la Fuente Honrubia~

Magistrado del Juzgado de lo Penal de Guadalajara. Profesor asociado de la Universidad a Distancia de Madrid. Socio de la FICP.

~Sra. Dña. Remedios Campoy Gómez~

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Alicante. Criminóloga. Socia de la FICP.

Resumen: La violencia en el ámbito familiar constituye un problema de importante calado social que no pasa desapercibido por nuestro legislador penal. Lejos de lo que habitualmente se piensa, la protección de la víctima y la prevención de futuros delitos no se agota con la tipificación de los distintos delitos relacionados con la violencia familiar, sino que, precisamente se ha establecido una respuesta más contundente y conminativa en supuestos de quebrantamiento de penas y medidas específicas relacionadas con este tipo de delincuencia. En este breve trabajo se ponen de relieve algunos de los aspectos más problemáticos del delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar tanto en la previsión genérica del art. 468.2 Código Penal (CP), como en los distintos subtipos agravados en materia de delincuencia familiar que contemplan como modalidad comisiva el quebrantamiento de penas o medidas específicas en la materia.

Palabras clave: quebrantamiento, auto-quebrantamiento, pena, medida cautelar, medida de seguridad, consentimiento, violencia de género, violencia doméstica, violencia familiar.

Abstract: Violence in the family is a problem of utmost social impact that is not overviewed by the criminal law-maker. In spite of common knowledge, victim protection and prevention of future crimes are not just a matter of criminal definition, but are also related to a harsher response to breach of sentences related to this kind of crime. In this brief article some of the most problematic aspects of breach of sentence or precautionary measure are examined, both from the point of view of the crime as generally defined in article 468.2 of the Spanish Criminal Code, and that of aggravated legal definitions of breach of sentence that take into account family violence.

Keywords: breach, self-breach, penalty, precautionary measure, security measure, consent, gender violence, domestic violence, family violence.

Sumario:

- I. El delito de quebrantamiento de condena. Bien jurídico protegido y elementos típicos.
- II. El delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar del art. 468.2 del Código Penal. 1.- Elementos típicos. 2.- Análisis de tipicidad en los supuestos de encuentros fugaces o casuales en el quebrantamiento de medidas de alejamiento y prohibición de comunicar con la víctima.
- III. Los subtipos agravados relacionados con la violencia sobre la mujer que contemplan el quebrantamiento como modalidad típica. 1.- Problemática específica en la concurrencia del quebrantamiento con los demás elementos típicos agravatorios.
- IV. El quebrantamiento de medidas cautelares relacionadas con delitos de violencia sobre la mujer. 1.- ¿Se integra el delito cuando se incumple la medida tras el dictado de sentencia firme antes de ser requerido el penado de cumplimiento de las penas impuestas de igual naturaleza? 2.- ¿Se integra el delito cuando el órgano de enjuiciamiento no se pronuncia en la sentencia sobre el mantenimiento de las medidas cautelares acordadas en la fase instructora?
- V. Supuestos de quebrantamiento consentido por la víctima. 1.- Análisis del Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de fecha 25 de noviembre de 2008 de la Sala 2ª del Tribunal Supremo.

I. El delito de quebrantamiento de condena. Bien jurídico protegido y elementos típicos.

Con carácter previo, comencemos haciendo referencia a la determinación del bien jurídico del delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP. Existe un amplio consenso doctrinal en el sentido de que el objeto de protección de la norma lo constituye *el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia en su última fase*, esto es, respecto *del cumplimiento de ciertas resoluciones judiciales* (1). No obstante, determinados autores matizan lo anterior apuntando que más que el correcto funcionamiento, el objeto formal es, antes bien, *la efectividad de*

(1) SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*. 14ª. ed., Madrid, 2009, pág. 878.

determinadas resoluciones judiciales (2); configurándose de este modo en términos de efectividad más que en genéricas alusiones a la corrección del funcionamiento, lo que constituye, en última instancia, una postura acertada por cuanto que lo correcto no tiene por qué ser necesariamente eficaz.

Desde otra perspectiva, no es infrecuente encontrar autores que sostengan que el bien jurídico lo es la Administración de Justicia *tout court*, es decir sin matizaciones ulteriores, lo que supone operar con simplismos que dificultan en gran medida la función garantista que el objeto formal está llamado a desempeñar en un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro. Cuestión muy distinta es la referencia que Muñoz Conde hace a la Administración de Justicia en un sentido amplio, al precisar que, junto al quebrantamiento de condena propiamente dicho, se castiga también el quebrantamiento de situaciones de privación de libertad puramente cautelares, así como la conducción o custodia realizada por la autoridad administrativa por orden de la autoridad judicial (3). Siendo esto así, este autor excluye del ámbito de protección de la norma aquellos supuestos de detención policial en la medida en que no se ha producido aún decisión judicial alguna.

Con mayor precisión, se señala por parte de González Rus que lo que se tutela es *el interés en que se cumplan las sentencias y resoluciones de los órganos judiciales, asegurando la ejecución de penas, medidas de seguridad y medidas cautelares adoptadas sobre el inculcado* (4), refiriéndose en última instancia a Suárez López para matizar que lo tutelado es el interés estatal en el cumplimiento de las sentencias penales de condena.

En relación con los sujetos activos, el delito de quebrantamiento de condena del art. 468.1 se configura, *prima facie*, como un delito común en atención a la expresión utilizada por el legislador: “los que”; no obstante, si nos atenemos a la redacción *in fine* del precepto se deduce que únicamente pueden ser sujetos activos del delito quienes se encuentren *privados de libertad*, originándose sobre el particular una viva polémica doctrinal acerca de la inserción en el injusto de aquellos

(2) CALDERÓN CEREZO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II, 2ª. ed., Barcelona, 2001, pág. 568.; ORTS BERENGUER, E.: *Derecho Penal. Parte Especial*. 3ª. ed., Valencia, 2010, pág.799.; VIVES ANTÓN, T.S.: *Comentarios al Código Penal de 1995*. Vol. 2, Valencia, 2005, pág. 1950.; DEL MORAL GARCÍA, A.: *Código Penal (comentarios y jurisprudencia)*. Tomo II, Granada, 3ª ed., 2002, pág. 2513.

(3) MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Decimoctava ed., Valencia, 2010, pág. 907.

(4) GÓNZALEZ RUS, J.J.: *Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Barcelona, 2000, pág. 899.

que se encuentren fácticamente privados de libertad de aquéllos que lo sean normativamente. Trasladando esta interesante cuestión para lugar más oportuno, conviene apuntar que el legislador ciñe taxativamente los supuestos de quebrantamiento a situaciones de privación de libertad derivadas de la imposición de una pena de estas características, de una medida de seguridad, de una medida cautelar o de conducción o custodia del sujeto. Esto es, mientras el apartado 1º del art. 468, al aludir a “Los que quebrantaren “su” condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia”, restringe el abanico de sujetos activos exclusivamente al sujeto sobre el que pesa su condena, medida cautelar, etc., -siendo éste el único obligado y, en consecuencia, el único que puede infringir su deber de cumplir con la condena que le ha sido impuesta-, el apartado 2º del art. 468 alude “a los que quebrantaren “una” pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”, por lo que según esta redacción estaríamos ante un delito especial propio del que sólo podría ser sujeto activo el sentenciado o sometido a una de las medidas en cuestión. Sin embargo, comparando los términos utilizados en la redacción de ambos apartados del mismo precepto, no parece inferirse que el tipo del 468.2 sea un delito especial en su sentido tradicional. Si tenemos en cuenta la naturaleza de las penas y medidas aplicables, ha de inferirse que no sólo la persona sentenciada o sometida a la medida debe colaborar con el buen funcionamiento de la Administración de la Justicia, jugando un papel primordial en esta tarea el comportamiento adoptado por la persona en cuyo beneficio se imponen estas prohibiciones (5). Pongamos como ejemplo los supuestos en los que la pena o medida consiste en la prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas que se determinen en la resolución judicial. Esta comunicación ha de entenderse en términos de cierta bilateralidad. Conforme a lo dicho, cabe afirmar que los términos empleados en la redacción del art. 468.2 permiten que, en dichas penas o medidas de protección a las víctimas, éstas puedan contribuir a su quebrantamiento. Aclaremos esto. La doctrina más reciente en el tratamiento dogmático de los delitos especiales, propone la distinción entre “delitos de posición” –refiriéndose al 468.2- y “delitos especiales de deber” –

(5) Bien es cierto que el hecho típico requiere la existencia de una resolución judicial y un sujeto activo obligado que infrinja lo dispuesto en ella, pero ello no impide que la persona que se quiere proteger contribuya de manera esencial en dicha infracción.

referidos al 468.1- (6). Este sector doctrinal sostiene, a efectos del art. 468.2, que su consideración como delito de posición implica que –pese a la restricción del círculo de sujetos activos del delito- rigen las reglas generales sobre la intervención y, por ende, la ostentación de la posición especial no es determinante automáticamente de la autoría. En consecuencia, según este posicionamiento cabría la posibilidad de admitir que, en determinados casos, la mujer que consiente o provoca que su agresor incumpla la prohibición de protección pueda ser castigada no sólo como partícipe en el delito de quebrantamiento del 468.2 CP –sin necesidad de recurrir al art. 65.3 CP-, sino incluso como autora del mismo. Ni que decir tiene que no se trata en absoluto de una solución automática ni generalizable, pero tal y como está redactado el 468.2, nada impide sostener tal planteamiento, por lo que, una vez constatada la concurrencia de los demás elementos del tipo, existirá base legal para responsabilizar penalmente a la mujer protegida por la pena o medida que también ella quebranta.

En este estado de la cuestión, -y sobre la base de lo que se ha puesto de manifiesto-, la doctrina se encuentra dividida a la hora de determinar si nos encontramos ante un delito calificado como de propia mano o un delito especial propio. Como señala algún autor, conviene poner de relieve que, “mientras en los delitos de propia mano la restricción opera respecto de las clases de autoría directa, en los delitos especiales se trata de la delimitación de los sujetos que pueden ser autores –los *intranei*-“(7). En consecuencia, ante la necesidad de dar solución a los casos en que intervienen otros sujetos no obligados en los hechos descritos en el tipo del 468 CP, se origina una dualidad de posiciones doctrinales y, mientras unos defienden que la “ingerencia” de estos particulares debe juzgarse a la luz del artículo 470 CP (8), otros sostienen que sigue siendo posible castigarlos conforme a los criterios de la inducción, cooperación necesaria y complicidad (9).

(6) De esta opinión, ROBLES PLANAS, V.: *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 238-246; del mismo, *Garantes y cómplices: la intervención por omisión en los delitos especiales*, 2007, p. 125 y ss. Mantiene este autor que debe distinguirse «entre aquellos delitos que son especiales por limitar el círculo de posiciones desde las que se otorga relevancia típica a la lesión (delimitación de la posición especial) de aquellos otros delitos que establecen limitaciones ya en el nivel de reconocimiento de las normas de conducta que dan lugar a la aplicación de la norma de sanción típica. Los primeros se denominan aquí *delitos de posición* y los segundos *delitos especiales de deber*».

(7) Así, MONTANER FERNANDEZ, R.: “El quebrantamiento de las penas o medidas de protección a las víctimas de violencia doméstica”, en *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, Barcelona, octubre de 2007, p. 11.

(8) De esta opinión, V. CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, p. 2330; entre otros.

(9) Así, V. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español: parte*

En relación con la conducta típica, conviene hacer un breve estudio del verbo en el que se concreta la conducta típica: quebrantar; vocablo que tiene varios significados como ahora se verá. Determinados autores identifican quebrantar con: violar (10), vulnerar (11), incumplir las situaciones aludidas (12), evadirse de la prisión, conducción o custodia (13); y así la doctrina atribuye otros significados. Se trata, pues, como puede constatarse a tenor del Diccionario de la Real Academia Española, de un término que ofrece múltiples acepciones (14). En cualquier caso, en palabras de Suárez López (15), *el sentido último de quebrantar viene determinado por el objeto, es decir, por la modalidad de cumplimiento de la pena, medida cautelar y de seguridad quebrantada y asimismo también su consumación* (16).

II. El delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar del art. 468.2 del Código Penal.

1. Elementos típicos.

En relación con el bien jurídico protegido, mientras la interpretación que hemos hecho del mismo no plantea problemas o debate alguno respecto al tipo del primer apartado del artículo 468, no puede sin embargo inferirse lo mismo respecto al tipo regulado en el segundo apartado. En efecto, la nueva redacción de la disposición conforme a la LO 5/2010 (17), establece la imposición “en todo caso de

especial, 2005, p. 971; entre otros.

(10) Identifican quebrantar con vulnerar: CÓRDOBA RODA, J. *Comentarios al Código Penal*, 2004, pág. 1166. VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal Parte Especial*, Madrid, 2010, pág. 292. BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal*, 4ª ed., 1994, pág. 361. GÓNZALEZ RUS, J.J.: *Curso de Derecho Penal español*, Madrid, 2005, pág. 550; también en *Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Madrid, 2000, pág. 900.; BENEYTEZ MERINO, L.: *Código Penal Comentado*, 2004, pág. 4375.

(11) Identifican quebrantar con este término: CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1166. VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 292.

(12) PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal Parte Especial*, 2ª ed., Valencia, 1996, pág. 263. etc.

(13) Así lo entiende CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal*, 1982, pág. 335.

(14) Real Academia Española: Diccionario de la Lengua Española, Madrid, 2001, 22ª ed. 1) Romper, separar con violencia. 2) Cascar o hender algo; ponerlo en estado de que se rompa más fácilmente. 3) Machacar o reducir una cosa sólida a fragmentos relativamente pequeños, pero sin triturarla. 4) Violar o profanar algún lugar sagrado, seguro o coto. 5) fig. Traspasar, violar una ley, palabra u obligación. 6) fig. Forzar, romper, venciendo una dificultad, impedimento o estorbo que embaraza para la libertad. Quebrantar la prisión, etc.

(15) SUÁREZ LÓPEZ, J.M.: *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código Penal Español*. Granada, 2000, pág. 377.

(16) Así lo entienden también CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios...*, ob. cit., págs. 1167 y 1168; MAPELLI CAFFARENA, B.: *Quebrantamiento de condena y evasión de presos*. Revista de Estudios Penitenciarios, nº 244, 1991, pág. 26; VIVES ANTÓN, T.S.: *Comentarios...*, ob. cit. Pág. 1950.; GÓNZALEZ RUS, J.J.: *Curso...*, ob. cit., pág. 550.; BENEYTEZ MERINO, L.: *Código...*, ob. cit., págs. 4376 y 4379.

(17) Fruto de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la

la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2” (18). Conforme a lo dicho, el actual delito de quebrantamiento del art. 468.2 CP, se configura como un tipo específico y diferenciado del delito de quebrantamiento “genérico” del art. 468.1. Huelga decir que dicho cambio en la regulación de este delito obedece a la lógica de la protección global y multidisciplinar propugnada por la LO 1/2004 de Violencia de Género (LOMPIVG). En suma, la cuestión que se plantea es si a raíz de este cambio el bien jurídico protegido continúa siendo exclusivamente la Administración de Justicia o si por el contrario estamos ante un delito pluriofensivo, debiendo quedar incluidos en este ámbito de protección otros bienes como la indemnidad física y psicológica de la mujer y de otras víctimas de delitos de violencia familiar. Como se ha dicho, la doctrina al respecto no es pacífica. Quienes mantienen esta última postura, a favor de un delito pluriofensivo, encuentran en ella la explicación al hecho de que la pena prevista para este supuesto sea tan grave (pena de prisión) frente incluso en los casos en que se quebranta una medida cautelar como la prevista en el 468.1 para los casos de quebrantamiento de condena, medida o prisión estando ya privados de libertad (19).

En nuestra opinión, la previsión legal tiene una clara finalidad de carácter preventivo general y preventivo especial. De una parte, se pretende reafirmar el contenido punitivo de los delitos relacionados con la violencia familiar, de forma que se comine a futuros infractores no sólo por las penas que se imponen en los mismos, sino también por las consecuencias graves de su quebrantamiento. De otra parte, y siguiendo la línea de subtipos agravados de los artículos 153.3, 172.2, 171.4 y 173.2 último inciso del Código Penal, el legislador ha pretendido reforzar la eficacia individual de la pena para que el penado no quebrante y ello porque, además,

Violencia de Género, cuyo objetivo no es otro, tal y como se infiere de su Exposición de Motivos, que introducir en el sistema jurídico una ley que diera una respuesta firme a estos casos de violencia en la pareja, plasmándolo en tipos penales específicos.

(18) Mientras que la regulación anterior ofrecía al Juez la opción entre una medida privativa de libertad y otra no privativa de libertad, esto es, entre imponer la prisión o trabajos en beneficio de la comunidad, -en los supuestos de quebrantamiento de penas y medidas orientadas a la protección de las víctimas de violencia doméstica-, la regulación actual elimina esta opción obligando al Juez a imponer la pena de prisión.

(19) A favor de esta postura, QUERALT I JIMÉNEZ, en MONTALBÁN HUERTAS (dir.), *CDJ: La Ley Integral*, pp. 170-171.

entiende, que unido al quebrantamiento pueden verse afectados otros bienes jurídicos de la víctima, fundamentalmente su integridad física y moral. El que otros bienes jurídicos puedan verse afectados colateralmente, no implica que este delito sea pluriofensivo, dado que con carácter principal o fundamental lo se sigue protegiendo es la propia Administración de Justicia, y de ello derivado, la confianza de los ciudadanos en que el no cumplimiento de las penas tiene consecuencias punitivas.

En cuanto a los elementos del tipo objetivo del 468.2, en primer lugar, se requiere el quebrantamiento bien de una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada. Concretamente, en el artículo 48 del Código Penal se establecen como penas susceptibles de ser impuestas en procesos de violencia familiar las siguientes:

- 1) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito o falta, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos (20).
- 2) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.
- 3) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.
- 4) El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.

(20) Número 1 del artículo 48 redactado por el apartado décimo del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 23 junio). Vigencia: 23 diciembre 2010.

Ni que decir tiene que la introducción específica de un subtipo agravado de autoquebrantamiento de estas prohibiciones del art. 48 –cuando los ofendidos son algunos de los enumerados en el art. 173.2 del CP, tal y como establece el art. 57.2 CP- ha comportado la introducción de un importante número de problemas interpretativos y aplicativos.

El primer planteamiento que cabe hacerse en relación con la imposición de estas penas, concretamente con la pena de prohibición de aproximación a la víctima, es si el Tribunal puede imponer esta pena cuando, siendo preceptiva su aplicación, no hubiera sido interesada por las acusaciones, y sobre todo, cuando la víctima expresa clara y terminantemente que quiere reanudar la convivencia con el acusado y que no desea ser protegida ni que se imponga pena de alejamiento o prohibición de comunicar con ella. La respuesta ha de ser afirmativa. Como se ha dicho, ha de partirse del carácter preceptivo de dicha pena, a tenor del artículo 57.2 del Código Penal (21) -a diferencia de lo que ocurre con la pena de prohibición de comunicar con la víctima, que carece de tal carácter preceptivo-. En este sentido, es de obligada referencia el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo, de fecha 27 de noviembre de 2007, pronunciándose en un asunto acerca de la “imposición de pena prevista en la ley y omitida por la acusación”, cuando establece que “el anterior Acuerdo de esta Sala, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena”. En todo caso, aquí es importante traer a colación la STC 60/2010, de 7 de octubre, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de las Palmas respecto del art. 57.2 del Código Penal. Esta doctrina ha venido recientemente avalada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 15 de septiembre de 2011 en resolución de una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial

(21) Antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2004, la reforma del Código Penal por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ya había modificado las penas de privación del derecho a residir, a aproximarse y a comunicarse con la víctima previstas en los arts. 48 y 57 del CP. En virtud de dicha reforma, estas penas tienen carácter facultativo para el órgano de enjuiciamiento –art. 57.1 y 3 CP-, excepto en los delitos relativos a malos tratos familiares en los que es preceptiva la imposición de la prohibición de aproximarse a la víctima o a personas asimiladas.

de Tarragona. En síntesis, el Tribunal Constitucional mantiene que la imposición obligatoria de la pena de alejamiento en los delitos producidos en el ámbito familiar de los reseñados en el art. 57.1 del Código Penal es constitucional al no infringirse el principio de personalidad de las penas, no originarse indefensión a la víctima el que se adopte una medida de alejamiento contra el acusado que no quiere e incluso le puede perjudicar, así como por no infringirse por cuanto las finalidades perseguidas con dicha pena son, de una parte preventivo especiales -para evitar que el sujeto activo del delito vuelva a cometer hechos similares en el futuro- y, de otra, de estricta protección de la víctima frente a futuros ataques contra bienes personales de la misma. Refiere así mismo el Tribunal Constitucional que la imposición de la pena de alejamiento “en todo caso”, no impide la formulación de un imprescindible juicio individualizado de proporcionalidad que corresponde al juez en atención al marco punitivo extenso previsto por el art. 57 CP, debiéndose entender que no queda vinculado por límite mínimo cuando la pena principal impuesta no es la de prisión. Por ello, a la hora de establecer la extensión de la pena de alejamiento, deberá atenderse “a la gravedad de los hechos y el peligro que el delincuente represente, elemento éste último en cuya valoración adquiere un papel relevante la percepción subjetiva que de ese peligro tenga la víctima, así como cuáles sean sus intenciones en relación con el mantenimiento o reanudación de la convivencia con el agresor y la reconciliación con el mismo”.

En suma, conforme al artículo 57.2 del Código Penal será obligatorio promover y acordar siempre la prohibición de aproximación prevista el apartado 2 del art. 48 respecto de los delitos relacionados con la violencia de género y violencia doméstica (22).

Sin embargo, la imposición preceptiva de esta pena no ha sido acogida como una opción plausible del legislador, siendo objeto de varias críticas. En efecto, la inadecuada e insuficiente regulación tanto de la pena de alejamiento como de la pena de prohibición de comunicación con la víctima en los delitos relacionados con la violencia de género y doméstica ha provocado la imposición obligatoria de la pena

(22) No ocurre lo mismo con la imposición de la medida cautelar de prohibición de aproximarse a la víctima, toda vez que es una decisión precedida de un juicio previo que se deja a la voluntad del juzgador y cuya finalidad principal no es otra que tratar de evitar nuevos actos de violencia de género durante el curso del proceso. En consecuencia, podrá ser acordada por el Juez bien de oficio o a instancia de la propia víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones señaladas en el art. 173.2 del Código penal, o bien a petición del Ministerio Fiscal, conforme dispone el art. 544 ter.2 LECrim.

de alejamiento, con independencia de que se trate de hechos menos graves o puntuales, o con independencia de las circunstancias de tales hechos, de las posteriores vicisitudes de la relación entre agresor y víctima y fundamentalmente de las circunstancias personales de la víctima y de la voluntad de ésta. La fórmula empleada por el legislador obliga, además, a imponer la pena de alejamiento por un período excesivamente largo –mínimo un año y un día más que la pena privativa de libertad que pueda ser impuesta, pudiendo llegar hasta diez años si es un delito grave o cinco si es un delito leve, art. 57.2- sin posibilidad de su suspensión, sustitución o modificación a la vista de las nuevas circunstancias. Con este panorama, no es fruto del azar y a nadie puede extrañar que se generen frecuentes situaciones en que, pese a la pena de alejamiento, nos encontremos con una consentida y voluntaria reanudación de la relación entre el autor y la persona protegida, en una situación de normalidad que no evidencia un riesgo para ésta, especialmente cuando se trata de un hecho de violencia puntual y aislado (23).

En definitiva, a nuestro parecer, no sería desacertada una reforma penal que permita la derogación del art. 57.2 CP, toda vez que la relación entre las prohibiciones del art. 48.2 CP y la imperatividad en su imposición a que obliga el citado art. 57.2 está resultado perturbadora para la correcta individualización de las penas, máxime cuando la desaparición del cuestionado precepto no supondría en modo alguno dejar los derechos de las víctimas de estos delitos contra la violencia familiar desprovistos de tutela. Antes bien, el apartado primero del art. 57 CP permite a los tribunales imponer la pena de alejamiento incluso contra la voluntad del ofendido en atención a la gravedad de los hechos o el peligro que el delincuente

(23) Por ello, RASILLO LÓPEZ P., “*El delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar consentido*”, Diario La Ley, Nº 6998, Sec. Práctica Forense, 28 Jul. 2008, Año XXIX, entiende que, “ante la imposibilidad de dejar sin efecto la pena de alejamiento, se fuerza la interpretación del delito de quebrantamiento de condena, desvirtuando su concepto y bien jurídico protegido por este delito, para no sancionar incumplimientos de una pena que se ha revelado en ese caso no solo ineficaz, sino injusta e inicua, siendo no obstante ello de obligado cumplimiento”. En parecidos términos, VALEIJE ÁLVAREZ, I. (“*Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 del CP y de delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 del CP*”, Agosto 2006, p. 349) cuando afirma que “los únicos argumentos posibles para excepcionar la pena de alejamiento deben ser la ausencia de proporcionalidad de la respuesta penal y su innecesariedad o inidoneidad por falta de gravedad o peligrosidad del concreto injusto típico. La observancia del principio de proporcionalidad de las penas...exige que el juez penal en el momento de la individualización de la concreta medida a imponer pondere circunstancias como la adecuación a fin, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto –gravedad del hecho cometido, mal causado y mayor o menor reprochabilidad del autor-“. Sin embargo, “la necesaria valoración de todas estas circunstancias, debido al carácter forzoso y efecto automático que rigen la accesoriedad descrita en el art. 57.2 le viene expresamente vedada al juzgador, con el consiguiente quebrantamiento del principio constitucional de proporcionalidad de las penas en sentido estricto”.

represente, esto es, cuando las circunstancias de caso aconsejen su adopción.

Téngase en cuenta, además, que se trasluce una voluntad del pre-legislador penal actual de dotar de una mayor flexibilidad la imposición de estas penas del art. 48 CP mediante la reducción de su duración en los supuestos de delitos “leves”. En efecto, ya en la primera versión del Anteproyecto de reforma del CP –julio de 2012- se añade al artículo 57.1 *in fine* la expresión “o de un año si fuera leve”. Consciente el pre-legislador, ante una posible crítica de voces autorizadas, de las consecuencias que pueden generarse de operar estas limitaciones máximas, en la segunda versión del Anteproyecto –octubre de 2012- añade idéntica previsión en el apartado segundo del citado art. 57 del CP (24). Si bien, lamentablemente, el pre-legislador no ha abordado la eliminación del carácter imperativo o preceptivo de la pena de prohibición de aproximación a la víctima.

De otra parte, el precepto alude a medidas cautelares o de seguridad de la misma naturaleza. De las citadas, previstas en el art. 48 Código Penal, pueden imponerse como medidas de seguridad las reseñadas en el art. 106.1. e), f), g) y h) del CP según la previsión legal de los artículos 153.3, 171.5, 172.2 y 173.2 en relación con el art. 544 bis y 544 y ter LECrim.

Se refieren los citados apartados del art. 106.1 CP a las medidas de seguridad consistentes en las prohibiciones de “aproximarse a” y “comunicarse con” la víctima -o familiares o personas en cuestión que designe la resolución judicial-, así como las prohibiciones de “acudir” a determinados territorios, lugares o establecimientos o “residir” en determinados lugares.

Paralelamente, el art. 544 bis de la LECrim, alude a las medidas cautelares consistentes en las prohibiciones de “residir en” o “acudir a” determinados lugares, barrios o municipios –u otras entidades locales-, provincias o comunidades autónomas, así como las prohibiciones de aproximarse o comunicarse –con la graduación que se precise- a determinadas personas.

Otro tanto, y más ampliamente, cabe decir del art. 544 ter LECrim cuando, al regular la orden de protección, señala que “las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualquiera de las previstas en la legislación procesal criminal”.

(24) Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal, Madrid, 3 de abril de 2013.

Precepto este último que, si bien incluye las medidas cautelares privativas de libertad, por su mayor contribución a este trabajo solo se abordan aquí las medidas no privativas de libertad.

Ni que decir tiene que, de entre estas prohibiciones de cuyo incumplimiento puede derivarse el delito de quebrantamiento, la más discutida es la medida cautelar y, muy especialmente, cuando ésta consiste en la prohibición de aproximarse a la víctima o comunicarse con la misma. Pese a que la Ley de Enjuiciamiento Criminal también prevé un procedimiento subsidiario para los supuestos de incumplimiento de estas medidas cautelares de protección a las víctimas de violencia doméstica (25) cabe afirmar que la mayor protección que la ley dispensa a éstas víctimas permite justificar que el incumplimiento de esta clase de medidas cautelares implique, además, la consumación de un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468.2 CP (26). Así, en numerosas sentencias, el Tribunal Supremo tiene declarado que estas medidas (27) están destinadas a proteger tan esenciales bienes jurídicos, no disponibles, de las personas a que se refiere dicha norma, que los titulares de estos bienes no pueden, en principio, renunciar a dicha protección admitiendo la aproximación de quienes ya han demostrado su peligrosidad, en la vida en común, atentando contra dichos bienes jurídicos; lo que supondría, si se incumplen las penas o medidas, la comisión del delito del artículo 468, aunque cabe, tratándose de medidas cautelares siempre reformables, solicitar su cese del Juzgado de Instrucción, que será quien decida, ponderando prudentemente las circunstancias en cada caso concurrentes, si la medida debe continuar o finalizar.

En segundo lugar, no se plantea duda alguna respecto al ofendido por el delito que trae como causa la imposición de estas prohibiciones, toda vez que la norma penal recoge expresamente una relación tasada de los perjudicados u ofendidos (28),

(25) Vid. Artículo 544bis LECrim.

(26) En este sentido la Circular FGE 4/2005, de 18 de julio, cuando establece que la actual redacción del 468 CP permite aplicar el delito de quebrantamiento ante cualquier incumplimiento de “medida cautelar o condena impuesta por delitos de violencia doméstica en sentido amplio”, ap. IV.F.

(27) Nos referimos tanto a la medida cautelar de alejamiento a que el artículo 544 bis de la LECrim se refiere, así como las penas accesorias previstas en el artículo 57 del CP, prohibición de residir o acudir a determinados lugares, prohibición de aproximación o comunicación con ciertas personas.

(28) En efecto, serán ofendidos los sujetos que pertenezcan a alguno de estos grupos: 1) ser el cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia; 2) ser descendiente, ascendiente o hermano por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente; 3) ser menor o incapaz que con él conviva o que se halle sujeto a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona

-conviene, no obstante, recordar que el sujeto pasivo del delito de quebrantamiento es el Estado, la Administración de Justicia-.

En cuanto al tipo subjetivo, se requiere que el sujeto activo actúe con dolo, no siendo punibles las conductas imprudentes. El dolo del delito de quebrantamiento consiste en la voluntad de sustraerse definitivamente a la pena o medida impuesta frustrando su efectividad. También se ha pronunciado al respecto nuestra Jurisprudencia menor, afirmando que el contenido del elemento subjetivo –o dolo típico- del tipo del artículo 468.2 ha de concebirse como el “conocimiento de la vigencia de la medida que pesa sobre el sujeto y conciencia de su vulneración, sin que para el quebrantamiento punible sea necesario que el sujeto actúe movido por la persecución de ningún objetivo en particular o manifestando una especial actitud interna” (29).

Plantea especial dificultad el quebrantamiento cuando supone la apreciación de un subtipo agravado en delitos de violencia familiar en supuestos de malos tratos, amenazas, coacciones o maltrato habitual. En estos supuestos, el sujeto tiene como finalidad principal maltratar/lesionar, amenazar, coaccionar, o maltratar con carácter habitual, pero sin embargo actúa con dolo alternativo de quebrantar, o con dolo de consecuencias necesarias o de segundo grado, al saber, que acercándose a la víctima para llevar a cabo las acciones referidas, necesariamente quebrantará la pena o medida cautelar o de seguridad impuesta.

En efecto, la responsabilidad penal del condenado se verá agravada cuando el delito se haya cometido quebrantando una pena o medida cautelar – fundamentalmente, claro está, la prohibición de aproximarse a la víctima o de comunicar con ella-, resultando indiferente que el quebrantamiento lo sea de pena – lógicamente impuesta en sentencia firme- o de medida cautelar.

Paralelamente, para poder apreciar el quebrantamiento de una pena o de una medida cautelar y hacer aplicación del subtipo agravado, serán indispensables los mismos elementos que lo serían para que el acusado pudiera ser condenado por este

amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar; 4) ser persona que por su especial vulnerabilidad se encuentra sometida a custodia o guarda en centros públicos o privados.

(29) Así, SAP Soria, Secc. 1ª, de 19 de febrero de 2007 (ponente Pérez-Flecha Díaz), FJ 2º; En el mismo sentido, SAP Barcelona, Secc. 20ª, de 21 de febrero de 2007 (ponente Pérez Máiquez), al referirse al conocimiento del sujeto a quien se impone la pena en la sentencia condenatoria como uno de los elementos del tipo del art. 468.2 (FJ 2º).

último delito –art. 468 CP-. En consecuencia, resulta imprescindible que tuviera conocimiento cabal de la prohibición judicialmente establecida, habiendo sido requerido explícitamente para su cumplimiento.

Brevemente esbozada la problemática anterior, y una vez constatada la concurrencia del elemento normativo –existencia de una prohibición de acercamiento y/o comunicación con la víctima acordada judicialmente- y objetivo o material –la acción de quebrantar o incumplir la pena o medida- del delito tipificado en el art. 468.2, el siguiente elemento que ha de concurrir es el subjetivo, consistente en el dolo típico, entendido éste como el conocimiento de la vigencia de la pena o medida que pesa sobre el sujeto y conciencia de su vulneración, sin que para el quebrantamiento punible sea necesario que el sujeto actúe movido por la persecución de ningún objetivo en particular o manifestando una especial actitud interna.

El delito de quebrantamiento es un delito de simple o mera actividad y no de resultado que se consuma cuando consciente y voluntariamente se incumple la pena o medida impuesta –lo que excluirá la comisión del delito cuando se trate de encuentros puramente fortuitos o producidos por fuerza mayor, como más tarde veremos- con absoluta independencia de la finalidad perseguida por el autor o el propósito específico que le guíase, toda vez que no es exigible un dolo específico, siendo suficiente que concurra el dolo genérico de saber lo que se hace y actuar conforme a dicho conocimiento, es decir, conocer el contenido de la prohibición y su obligatoriedad y, no obstante, incumplirla –dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias-. En consecuencia, el propósito mediato o final perseguido por el autor es un factor que no debe confundirse con el dolo, -que no cabe confundir con el móvil-, siendo el dolo el conocimiento de la significación antijurídica del hecho, y la voluntad de realizarlo, toda vez que el móvil, como motivación de la conducta, es un factor que no trasciende al ámbito penal, pues así como el dolo forma parte imprescindible del delito, el móvil es irrelevante salvo cuando la ley lo recoja como elemento integrante del tipo, careciendo, por tanto, las razones o motivos que hayan determinado la voluntad de actuar de potencialidad alguna

destipificadora -salvo que se haya recogido como elemento especial del tipo del injusto o en algunas circunstancias que modifican la responsabilidad criminal- (30).

Por último, cabe plantearse si el Tribunal puede condenar por un delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar cuando se hubiere acusado por un delito en el que el quebrantamiento configura un subtipo agravado. En nuestra opinión, esta condena no vulneraría el principio acusatorio. Nos estamos refiriendo a los supuestos en los cuales la acusación se dirige por un delito de maltrato del artículo 153.1 y 3 –al haberse producido la agresión quebrantando el autor una pena o medida de alejamiento-. No probada en el juicio la agresión pero sí el quebrantamiento, el principio acusatorio no impide al Tribunal –absolviendo por el maltrato- condenar por el quebrantamiento del art. 468. Se trata, pues, de hechos que formando parte de la acusación y respecto de los que el acusado ha tenido plenas posibilidades defensivas, han sido acreditados. Además, la aparente diversa naturaleza jurídica de ambos ilícitos penales –maltrato y quebrantamiento- no es obstáculo para la condena si se tiene en consideración que el quebrantamiento se incluye aquí, de forma absoluta y completa, como un elemento que, cuando concurre el maltrato, lo agrava.

Superada la cuestión anterior, podría plantearse el siguiente supuesto singular, en cierto sentido límite: solicitada por las acusaciones una pena de trabajos en beneficio de la comunidad por el correspondiente delito de maltrato, amenazas o coacciones, evidentemente ésta no podría ser impuesta, toda vez que el Art. 468.2 no contempla dichas penas para el delito de quebrantamiento y sí únicamente una pena de prisión de seis meses a un año. Pues bien, consideramos que en un supuesto como el descrito el Tribunal debería imponer al acusado la pena de seis meses de prisión -mínima legalmente prevista para este delito-, observando de ese modo el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de fecha 27 de noviembre de 2007, que determina, precisamente, que la prohibición general de imponer una pena superior a la solicitada por las acusaciones, presenta como excepción que éstas hayan omitido la pena legalmente prevista o hayan interesado una inferior a ésta. No obstante, no cabe duda de que la posibilidad de que el delito de maltrato -o amenazas o coacciones leves-, cuando resulta de aplicación el subtipo agravado por haberse cometido

(30) En idéntico sentido, la STS núm. 114/2008, de 8 abril, cuando señala que "En el art. 468.2 CP, relativo al quebrantamiento de penas en causa por violencia de genérico no aparece otro componente subjetivo que el dolo, la voluntad consciente de la rotura de una de las penas previstas en el art. 48 "

quebrantado una condena o medida cautelar, pueda legalmente dar lugar a la imposición de una pena menos grave -en tanto no privativa de libertad- que el solo quebrantamiento de la condena o medida cautelar, constituye una antinomia que debería ser corregida, mejor pronto que tarde, por el legislador. En cualquier caso, es recomendable que las acusaciones en tales supuestos interesen la imposición de una pena de prisión -y no de trabajos en beneficio de la comunidad-.

Veamos por último si cabe apreciar como continuado –ex art. 74 CP- el delito de quebrantamiento de condena. Ciertamente, conforme a la redacción que presenta el mencionado precepto, no existe objeción alguna a que el delito de quebrantamiento de condena –o medida cautelar- pueda ser apreciado como delito continuado. Sin embargo, se hace necesario poner de relieve que en aquellos supuestos frecuentes en los que la medida cautelar quebrantada –o la pena- concierne tanto a la prohibición de aproximación como a la de comunicar con la víctima, la vulneración conjunta de ambas prohibiciones –se aproxima y se dirige a la víctima- constituirían un solo delito de quebrantamiento de condena –o medida cautelar- y no un delito continuado. Del mismo modo, tampoco estaremos en presencia de un delito continuado cuando la conducta se mantenga durante un período de tiempo prolongado sin interrupción –pongamos como ejemplo que, vigente la pena o medida cautelar, el acusado o penado y la persona protegida reanudan la convivencia sin solución de continuidad-.

Desde estos planteamientos, estaremos, por lo tanto, ante un delito continuado de quebrantamiento de pena -o medida cautelar- cuando el sujeto activo, en un período relativamente corto de tiempo –“en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”- vulnera con diferentes acciones las distintas prohibiciones que le han sido impuestas –con independencia de que consistan en aproximarse a la víctima y/o en comunicar con ella-.

Por último plantea especial dificultad en orden a entender que se trata de una interpretación contra reo aquellos supuestos de comisión plural y aprovechando idéntica ocasión o en ejecución de un plan preconcebido de varios delitos de malos tratos, amenazas, coacciones o malos tratos habituales con quebrantamiento de pena o medida de las previstas en el art. 48 del Código Penal. En estos casos no cabrá hablar de continuidad delictiva dado que cada acción lesiva del sujeto activo es una ofensa distinta a bienes jurídicos individuales y personales, donde ex art. 74 la

continuidad delictiva está excluida. Conclusión: Si el sujeto quebranta aprovechando idéntica ocasión o en ejecución de un plan preconcebido en varias ocasiones, cabe calificar el supuesto de delito continuado; ahora, si quebranta y además comete malos tratos de obra, coacciona, amenaza o ejerce violencia habitual, no cabe calificar el hecho como delito continuado sino como tantas acciones haya cometido el sujeto en concurso real de delitos.

2. Análisis de tipicidad en los supuestos de encuentros fugaces o casuales en el quebrantamiento de medidas de alejamiento y prohibición de comunicar con la víctima.

Pese a que pueda parecerlo, no es cuestión baladí el planteamiento que aquí se aborda, dada la frecuencia con que se repiten los encuentros casuales entre agresor o condenado y víctima en un punto concreto de la ciudad en la que residen. En efecto, una vez se ha dictado la medida cautelar de alejamiento o ha recaído en sentencia la pena de alejamiento –ex art. 48 en relación con el art. 57 CP- se notifica al acusado o penado haciéndole sabedor de que no puede acercarse a una determinada distancia a la persona/s designadas en la orden o resolución judicial (31). De la misma manera, la víctima también es y ha de ser conocedora de la existencia de dicha pena o medida y de su alcance o cobertura –art. 109 LECrim-. Sin embargo, el carácter casual de estos encuentros o situaciones de acercamiento y, en consecuencia, el quebrantamiento de la orden de alejamiento, viene provocada debido a que, en ocasiones, víctima y acusado o penado se encuentren momentáneamente en algún punto del lugar de residencia. Situación de hecho que lógicamente se verá incrementada en ciudades o localidades pequeñas -o en otros supuestos cotidianos como recogidas de menores en centros escolares, compras en establecimientos, o incluso domicilios cercanos entre sí a distancia límite de la fijada por la resolución judicial-.

Bien, lo que se prohíbe al acusado o penado es acercarse a una determinada distancia, por lo que, dejando para lugar más oportuno el tratamiento de las obligaciones por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en su función de control del cumplimiento de las órdenes de alejamiento, lo relevante ante estas situaciones “casuales” será averiguar si realmente prevalece ese carácter y no ha

(31) Si el acusado o penado no ha recibido la notificación, estaremos ante un error de tipo y, por tanto, no habrá delito.

habido dolo –lo que se suele alegar con frecuencia para hacer desaparecer la existencia del delito por la falta de voluntad en quebrantar la orden de alejamiento- o, por el contrario ha habido dolo o voluntad de quebrantar dicha orden por parte del acusado o penado (32). La carga de la prueba recaerá en el acusado a fin de acreditar la concurrencia o no de este elemento subjetivo, mediante la exposición de las circunstancias por las que permaneció en la zona donde se encontraba la víctima en lugar de marcharse.

Por parte de algunas Audiencias Provinciales se ha mantenido que es necesario un dolo específico para apreciar este delito, por lo que quedan excluidos los meros encuentros fortuitos entre agresor y víctima (33). Otras opiniones doctrinales, han puesto de relieve que este delito no requiere más valoración que la objetiva del acercamiento, ya que de estarse a valoraciones subjetivas fácil sería el acercamiento bajo cualquier otro pretexto. Por otro lado, no se exige la acreditación de que el acercamiento se lleva a cabo para motivos atentatorios a la víctima, toda vez que no puede estarse al subjetivismo de cuál era la intención del condenado cuando se le acerca (34). Entendemos sin embargo, que ni una solución ni la otra. Hay supuestos de quebrantamiento objetivo donde no puede hablarse de fugacidad (cuando el sujeto se adentra en el radio de distancia fijado respecto de lugares, por ejemplo el domicilio o lugar de trabajo), y supuestos donde podemos hablar de quebrantamiento desde una perspectiva valorativo-subjetiva como son aquellos donde, tras un encuentro casual y fugaz, el obligado permanece en el lugar con evidente ánimo de continuar ya objetiva y subjetivamente infringiendo la medida de alejamiento. Por

(32) Téngase presente que no se trata solamente de que se produzca ese acercamiento o encuentro casual, sino que el delito se comete con la introducción del penado o acusado dentro de ese radio de acción de 500 metros aunque ni siquiera haya visto a la víctima, toda vez que lo que se está sancionando es el quebrantamiento de la distancia, esto es, la posibilidad de que el acusado o penado pueda cometer un delito más grave.

(33) En este sentido, resulta ilustrativa la SAP de Jaén, en resolución de 29 de septiembre de 2008 cuando viene a decir que “la infracción del artículo 468.2 del Código Penal, ha de tenerse presente que la medida cautelar esta destinada igual que las penas accesorias prevista en el artículo 57 del Código Penal a proteger esenciales bienes jurídicos, no disponibles, de las personas mencionadas en dicha norma, de forma que éstas no puedan, en principio renunciar a dicha protección, admitiendo la aproximación de quienes ya ha demostrado su peligrosidad en la vida común, atentando contra dicho bienes jurídicos (Sentencia del Tribunal Supremo 701/2003 de 16 de mayo). Exigiendo pues, un dolo específico, para la tipificación conforme al citado 468.2 C.P., y quedando excluidos los meros encuentros, que aun no deseados, sean fortuitos. Por lo que el razonamiento de la instancia habrá de mantenerse, al no haberse acreditado, dolo en el encuentro. Requiriéndose además la previa notificación de la medida cautelar adoptada, en su caso sentencia como elemento objetivo del tipo penal”. En el mismo sentido, SAP de Barcelona, Sec. 20ª, de 27 de abril de 2009.

(34) MAGRO SIRVENT, V.: “Encuentros casuales en la orden de alejamiento y quebrantamiento de condena”, La Ley Penal.

último, no debemos olvidar que en estos casos también es frecuente encontrarnos con errores de tipo donde el sujeto cree que se encuentra a más de la distancia prohibida y sin embargo se encuentra a menos. Recordemos que el error de tipo relevante excluye el elemento cognoscitivo del dolo y sólo tendrá repercusiones penológicas si es vencible y está previsto legalmente el correspondiente tipo imprudente (lo que no acontece en el delito de quebrantamiento). Menos frecuente sin embargo es la concurrencia de errores de prohibición, que no afectarán de ordinario a la propia medida, que el acusado conoce y comprende su alcance prohibitivo, sino al alcance de la medida (por ejemplo, si ante un encuentro casual tiene o no el sujeto obligación de marcharse del lugar cuando la víctima ha sido la que ha acudido al lugar donde el obligado se encuentra).

III. Los subtipos agravados relacionados con la violencia sobre la mujer que contemplan el quebrantamiento como modalidad típica.

1. Problemática específica en la concurrencia del quebrantamiento con los demás elementos típicos agravatorios.

A tenor del artículo 153.3 del Código Penal, las penas establecidas en el artículo 153.1 (35), se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o bien se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

Para tratar este tema no entendemos necesario proceder al análisis de los distintos elementos agravatorios, por lo que, trasladando para lugar más oportuno el tratamiento de estos presupuestos, abordamos únicamente el último y más importante en lo que al contenido de este planteamiento se refiere, al señalar el citado precepto - *in fine*- que se agravará también la responsabilidad penal del condenado cuando el delito se haya cometido quebrantando una pena o medida cautelar –nos referimos fundamentalmente, claro está, a la prohibición de aproximarse a la víctima o de comunicar con ella-. Resulta indiferente que el quebrantamiento lo sea de pena - naturalmente impuesta en sentencia firme- o de medida cautelar. Por descontado,

(35) Téngase en cuenta también el apartado 2 del citado precepto: maltrato familiar excluida la mujer –o la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor- como víctima.

como ya hemos tenido ocasión de apuntar, para poder apreciar el quebrantamiento de una pena o de una medida cautelar y hacer aplicación del presente subtipo agravado, serán indispensables los mismos elementos que lo serían para que el acusado pudiera ser condenado por este último delito (art. 468 CP). Por ello, resulta necesario, desde luego, que tuviera conocimiento cabal de la prohibición judicialmente establecida, habiendo sido requerido explícitamente para su cumplimiento.

Sentada la anterior premisa, cabe plantearse qué sucede cuando concurren varios elementos agravatorios en la misma conducta, esto es, supongamos que la agresión hubiera tenido lugar en presencia de menores y en el domicilio de la víctima –y con empleo de armas-. Como quiera que ninguno de estos sucesos, en sí mismos considerados, resulta constitutivo de delito, existe coincidencia general en que, en tales casos, se procederá a la aplicación del subtipo agravado –imponiendo así la pena prevista para el tipo básico en su mitad superior-, y, posteriormente, al tiempo de proceder a la individualización de la pena, se tendrá en consideración la presencia de los demás elementos hasta entonces no valorados (36).

Naturalmente, el problema se suscita en torno a los elementos tenidos en cuenta por el legislador para agravar la responsabilidad criminal del acusado y su concurrencia con un quebrantamiento de la pena o medida cautelar impuesta. Una somera aproximación a las dos posibles soluciones, –por otro lado, claramente divergentes-, sería, en primer término, entender que el elemento agravatorio concurrente –por ejemplo, la presencia de menores- serviría, por sí solo, para configurar la aplicación del subtipo agravado, mientras que el quebrantamiento de condena o medida cautelar debería sancionarse –al amparo de las previsiones del art. 468 CP- como un delito autónomo –en concurso real o medial con el anterior-. La segunda solución pasaría por entender que el art. 153.3 CP –y, por extensión, también el 171.5 y el 172.2, párrafo segundo en ambos preceptos- entraría en un concurso de normas con la previsión del art. 468 CP, de manera que, en virtud del art. 8 del texto punitivo, el quebrantamiento quedaría absorbido por la aplicación del primero de los preceptos –esto es, únicamente se sancionaría por el subtipo agravado del art. 153.3-, con independencia de que la presencia de otros elementos tomados en cuenta por el legislador en los respectivos subtipos agravados debieran valorarse al

(36) Planteamiento que justificaría la imposición, en ausencia de otros elementos que militaran en sentido contrario, de una pena próxima o coincidente con la máxima legalmente prevista.

tiempo de individualizar la pena. No obstante, esta última solución que, en tales supuestos, permite sancionar únicamente por aplicación del subtipo agravado del 153.3 CP y, por ende, nos parece más adecuada, -criterio seguido, entre otras, por la Audiencia Provincial de Madrid-, el Alto Tribunal ha considerado sin embargo que “el artículo 153.3 del CP contiene un subtipo agravado cuando concurren en la ejecución del hecho determinadas circunstancias que enumera, unidas de forma disyuntiva. Por ello, bastando la concurrencia de una de ellas (el uso de armas) para integrar el subtipo agravado, la otra quebrantamiento de la pena) constituiría el delito previsto en el artículo 468.2 C.P.” (37).

IV. El quebrantamiento de medidas cautelares relacionadas con delitos de violencia sobre la mujer.

1. ¿Se integra el delito cuando se incumple la medida tras el dictado de sentencia firme antes de ser requerido el penado de cumplimiento de las penas impuestas de igual naturaleza?

Aunque la cuestión resulta controvertida, en nuestra opinión en tales casos no podría hablarse de quebrantamiento. Es claro, como ya estudiamos en su lugar, que el instructor no puede adoptar medidas cautelares hasta más allá del dictado de la sentencia que pudiera recaer en primera instancia. A su vez, el órgano competente para el enjuiciamiento en primera (o única) instancia, conforme a lo establecido en el artículo 69 de la L.O. 1/2004, podrá acordar el mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas en la causa “tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen”. Parece, por tanto, que alcanzada la firmeza de la sentencia y, en consecuencia, concluida la tramitación de los recursos, las medidas cautelares quedarán sin efecto *ope legis*. Tampoco parece, a nuestro juicio, que pueda entenderse que, de manera automática, la pena eventualmente impuesta en la sentencia firme, antes de efectuarse un requerimiento explícito para su cumplimiento al condenado -e incluso antes de ser notificada la sentencia-, pueda considerarse que ha empezado a cumplirse, salvo que se sostenga que el cumplimiento de esta pena, que prohíbe el desarrollo de una conducta concreta al condenado, no demanda la existencia de un requerimiento explícito para su cumplimiento -tesis que no compartimos-.

(37) Doctrina mantenida en STS de fecha 2 de junio de 2009.

No debe, además, soslayarse, cualquiera que sea la tesis que se mantenga al respecto, que no necesariamente el contenido de la medida cautelar eventualmente impuesta y el de la pena han de resultar coincidentes en todos sus extremos. Así, por ejemplo, la pena impuesta podría modificar o dejar sin efecto alguna de las prohibiciones establecidas como medida cautelar -en particular la prohibición de comunicar con la víctima- o modular el contenido de dichas prohibiciones -modificar los lugares y la distancia a la que el condenado no podrá aproximarse, etc.-. Por ello, quienes sostienen que en este período, -recaída sentencia firme pero antes del requerimiento al condenado para el cumplimiento de la pena-, puede cometerse su quebrantamiento, resultan dialécticamente obligados a explicar si dicho quebrantamiento lo sería de la medida cautelar -que así habría de considerarse ¿vigente tras el dictado de una sentencia firme?- o de la condena -a pesar de no haberse requerido al condenado para su concreto cumplimiento-.

La conclusión de todo ello es que, por una deficiente técnica legislativa, desde la firmeza de la sentencia hasta el requerimiento efectivo al penado de cumplimiento de las penas accesorias impuestas, concurre un periodo temporal donde las medidas cautelares pierden vigencia y las penas no han comenzado a cumplirse, ergo, en el supuesto de producirse una aproximación o una comunicación con la víctima no se integrará el delito de quebrantamiento, algo paradigmático cuando precisamente hay una sentencia que reconoce la comisión de un delito y fija las consecuencias punitivas del mismo, entre otras determinadas penas como las expuestas, que tienen, al menos en parte una eminente finalidad protectora de la víctima.

2. ¿Se integra el delito cuando el órgano de enjuiciamiento no se pronuncia en la sentencia sobre el mantenimiento de las medidas cautelares acordadas en la fase instructora?

A nuestro juicio, la respuesta a esta cuestión ha de ser claramente negativa lo que, como es obvio, excluye la posible existencia de “quebrantamientos de medida cautelar” acaecidos con posterioridad al dictado de la sentencia recaída en primera instancia y en la que nada se acuerda acerca del mantenimiento de la vigencia de dichas medidas cautelares.

Es claro que el artículo 69 de la L.O. 1/2004 determina que el juez “podrá mantener” en sentencia las medidas cautelares penales adoptadas. Se trata de una decisión facultativa, naturalmente sujeta a las exigencias propias de la motivación,

que demanda la necesidad explícita de un pronunciamiento al respecto. Por ende, cuando el órgano sentenciador nada señale respecto al eventual mantenimiento de dichas medidas, habrá de entenderse que las mismas han cesado en su vigencia desde el momento en que se dictó sentencia y con independencia de la duración que hubiese podido acordar el instructor. Conforme a lo dicho, es al órgano competente para el enjuiciamiento a quien corresponde en exclusiva pronunciarse acerca del mantenimiento de las medidas cautelares acordadas a partir del momento en que se hubiera dictado sentencia, pronunciamiento que habrá de ser explícito.

Realizada la anterior puntualización, ha de mencionarse -por novedosa y reciente- la Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2012, de 13 de febrero. En esta resolución, el Alto Tribunal dilucida si puede integrarse el delito de quebrantamiento de condena, cuando el órgano encargado del enjuiciamiento no se pronuncia en sentencia sobre el mantenimiento de las medidas acordadas durante la tramitación de la causa en aplicación del art. 69 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género el cual determina que «las medidas de este capítulo podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen. En este caso, deberá hacerse constar en la sentencia el mantenimiento de tales medidas.»

Junto a esta plasmación jurisprudencial, habrá que convenir la posible solución ante los diferentes supuestos que pueden plantearse. A saber:

a) Si la sentencia es condenatoria y el órgano juzgador no se ha pronunciado acerca del mantenimiento de la vigencia de la medida cautelar, quedará excluida, lógicamente, la posible existencia de quebrantamiento de medida cautelar acaecido con posterioridad al dictado de la sentencia recaída en la primera instancia y en la que nada se acuerde acerca de dicho mantenimiento de la vigencia de las medidas cautelares. Es palmario que el art. 69 LO 1/2004 determina que el juez “podrá mantener” en sentencia las medidas cautelares penales adoptadas. Se trata, volvemos a insistir, de una decisión facultativa, naturalmente sujeta a las exigencias propias de la motivación, que demanda la necesidad explícita de un pronunciamiento al respecto. Por ello, reiteramos que, cuando el órgano sentenciador nada indique respecto al eventual mantenimiento de dichas medidas, habrá de entenderse que las mismas han cesado en su vigencia desde el momento en que se dictó sentencia y con independencia de la duración que hubiese podido acordar el instructor -por ejemplo

“hasta la firmeza la sentencia”-, que, evidentemente, queda sin efecto. Como se ha apuntado en más de una ocasión, es al órgano competente para el enjuiciamiento a quien corresponde en exclusiva pronunciarse acerca del mantenimiento de las medidas cautelares acordadas a partir del momento en que se hubiera dictado sentencia, pronunciamiento que habrá de ser explícito (38).

b) Si, por el contrario, la sentencia es absolutoria y el Juez tampoco se ha pronunciado acerca del mantenimiento de la medida cautelar, ha de afirmarse con absoluta contundencia la finalización de la vigencia de dicha medida cautelar en el momento en que tal sentencia sea dictada –no requiriéndose por tanto su firmeza-. La falta de pronunciamiento por parte del Juzgado determina el decaimiento de la referida medida de protección y, por ende, su pérdida de eficacia (39). En correspondencia con lo anterior, resulta obvio que, si no hay medida que quebrantar no puede predicarse quebrantamiento alguno.

c) Veamos por último el supuesto de una sentencia absolutoria en la que el órgano de enjuiciamiento se pronuncia manteniendo la medida cautelar. En este caso, nada establece al respecto el art. 69 de la LO 1/2004. No obstante, lo que no deja espacio a la duda es que, en tal caso, es indispensable que el órgano competente para enjuiciar justifique el mantenimiento de la medida cautelar, por lo que, al tiempo de dictar la sentencia, deberá motivarla con las razones que fundamentan tal decisión, referidas al mantenimiento de las exigencias que han de ser ponderadas para su

(38) En este sentido la citada Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 2012 señala que “Es evidente que la ausencia de mención expresa sobre el mantenimiento de la medida cautelar... la falta de pronunciamiento por parte del Juzgado determina el decaimiento de la mencionada medida de protección y, por ello, su pérdida de vigencia, aunque la sentencia dictada no fuera firme y estuviera pendiente de recurso o hubiera transcurrido el plazo legal previsto para su interposición”.

(39) Sobre este particular, establece la citada resolución del TC que “Así las cosas, dado que bajo la expresión «las medidas de este capítulo» se incluye la medida de alejamiento impuesta al recurrente (vid. art. 64.3 de la Ley Orgánica 1/2004 citada) y que por Sentencia «definitiva» debe entenderse, no la Sentencia firme —lo que sería contradictorio con la posibilidad de recurso—, sino la Sentencia dictada en la instancia, es evidente que la ausencia de mención expresa sobre el mantenimiento de la medida cautelar en la Sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal (hecho aceptado por las propias resoluciones ahora impugnadas) conlleva la finalización de la vigencia de dicha medida en el momento en que tal Sentencia fue dictada. En consecuencia, la falta de este pronunciamiento por parte del Juzgado determina el decaimiento de la referida medida de protección y, por ello, su pérdida de eficacia, aunque la Sentencia dictada no fuera firme y estuviera pendiente de recurso o no hubiera transcurrido el plazo legal previsto para su interposición. Es por tanto de concluir que la argumentación utilizada por los órganos judiciales intervinientes, en los términos expuestos, que viene a ligar de manera no justificada la falta de firmeza de la Sentencia absolutoria de instancia con la prórroga de la medida de alejamiento, resulta irrazonable al quebrantar el contenido del citado art. 69, siendo una interpretación inaceptable desde la perspectiva constitucional. Y es que en el presente caso la concurrencia de la situación típica de la que dimana la prohibición judicial de aproximación constituye el elemento específico de este delito, del que surge la prohibición de la conducta de acercamiento. La inexistencia del presupuesto típico hace decaer la relevancia penal del comportamiento”.

adopción, esto es, la existencia o persistencia de los indicios fundados acerca de la eventual comisión de alguno de los delitos a los que alude el art. 544 ter de la LECrim. conexionado con motivos de absolución sin entrar en el fondo y que puedan ser discutibles (prescripción, nulidad de una prueba, denegación de pruebas como cuestión previa que aboquen a una sentencia absolutoria), o, pese a la absolución, la posible prosperabilidad del recurso, y la presencia, en ese momento, de una situación objetiva de riesgo para la víctima.

Esto ha llevado, a nuestro juicio precipitadamente, a algún sector de la doctrina a considerar que cuando la sentencia sea absolutoria resulta inconcebible el concurso del primero de los requisitos. Huelga decir, que la respuesta a esta debatida cuestión también ha sido dada por la sentencia del TC antes citada al confirmar que resulta posible mantener la vigencia de las medidas cautelares acordadas, tras el dictado de una sentencia absolutoria y durante la tramitación de los eventuales recursos, aunque ello requerirá un plus de motivación y, aunque evidentemente, será una decisión absolutamente excepcional (40).

V. Supuestos de quebrantamiento consentido por la víctima.

1. Análisis del Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de fecha 25 de noviembre de 2008 de la Sala 2ª del Tribunal Supremo.

La cuestión que aquí se plantea es si el consentimiento de la persona protegida excluye la tipicidad del quebrantamiento. Pese a tratarse de una cuestión que resultó largamente discutida, en la actualidad aparece pacífica a la luz del Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 25 de noviembre 2008. Reza así: “Interpretación del artículo 468 del Código Penal en los casos de medidas cautelares de alejamiento en los que se haya probado el consentimiento de la víctima. El consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del artículo 468”. Por consiguiente, tampoco en la aplicación

(40) En efecto, la reseñada STC de fecha 13 de febrero de 2012 señala que “Es evidente que el momento en que se procede por el juez al dictado de una sentencia absolutoria representa un acontecimiento relevante en el proceso, al desaparecer en principio los indicios incriminatorios contra el acusado, por lo que la consecuencia lógica ha de ser el levantamiento de la mencionada medida de protección, máxime cuando dicha medida afecta a derechos y libertades del imputado también constitucionalmente protegidos. Por ello, el mantenimiento de la orden de protección en este supuesto de sentencia absolutoria se supedita por el legislador (art. 69) a que se haga constar expresamente en dicha resolución, lo que requerirá un plus de motivación al órgano judicial, desde el canon de la proporcionalidad, para justificar las razones por las que se acuerda en tales circunstancias la prórroga de la medida”.

del subtipo agravado que hemos estudiado-. Esto es, este Acuerdo excluye cualquier clase de eficacia al consentimiento, expreso o tácito, otorgado por la víctima, para la reanudación de la convivencia o los encuentros.

Ello no obstante, el propio Tribunal Supremo ha entendido que el consentimiento de la mujer protegida podría resultar trascendente desde el punto de vista de la posible existencia en el acusado de un error –vencible- de prohibición. Así, por ejemplo, la STS de 8 de abril de 2008 establece que: “En el art. 468.2 CP, relativo al quebrantamiento de penas en causa por violencia de género no aparece otro componente subjetivo que el dolo, la voluntad consciente de la rotura de una de las penas previstas en el art. 48. Ciertamente que, en el caso de rotura del alejamiento consentida por la mujer, podría plantearse la existencia de un error de prohibición; mas no se describe en el "factum" -además de no constar probado- que la mujer consintiera en el quebranto del alejamiento, induciendo o cooperando a ello o de cualquier otra manera”.

Conforme a lo dicho, cabe plantearse si la mujer protegida que consiente el quebrantamiento incurre en responsabilidad penal. Aunque no nos consta la existencia de condenas por este concepto, no se advierte inconveniente alguno para que la mujer protegida que consiente el quebrantamiento de la medida cautelar o la pena pudiera, según los casos, responder de dicho delito en concepto, -insistimos, según los casos-, de inductora, cooperadora necesaria o, al menos, cómplice (41).

Con posterioridad al mencionado Acuerdo de Pleno, la primera sentencia que trata la cuestión en relación a un delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar es la STS 20/2009, de 29 de enero, que proclama la irrelevancia absoluta del consentimiento prestado por la víctima a la reanudación de la convivencia, con independencia de las condiciones en que el mismo fue emitido.

Sin embargo, el Alto Tribunal, en las sentencias posteriores que reproducen el citado Acuerdo de Pleno, no distingue entre quebrantamiento de medida y de pena, dispensándoles idénticas consecuencias, toda vez que el incumplimiento de la resolución judicial –Auto o Sentencia- que acuerda la medida o la pena de

(41) No comparte esta opinión OLAIZOLA NOGALES, I.: “Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX (2010), p. 310, al señalar que “admitir que la mujer que favorece o que induce al quebrantamiento del alejamiento es responsable en virtud del art. 468.2 significaría que ella sería más sancionada en este caso que si le hubiera proporcionado la evasión de la prisión”.

prohibición de aproximación a la víctima implica la comisión del delito previsto en el artículo 468.2 CP (42). Resulta indiscutible que la eficacia de los principios de legalidad y seguridad jurídica desaparecerían si el cumplimiento de las resoluciones quedara al arbitrio de las personas obligadas, por lo que dejar al albur de la víctima el cumplimiento efectivo de las penas o medidas acordadas las convierte en disponibles, con la consiguiente cesión del “*ius puniendi*” del Estado. Algo inadmisibles en un Estado de Derecho. En este sentido, la realidad cotidiana y la práctica judicial diaria, como bien declaró el Alto Tribunal, “...nos enseña que los consentimientos se prestan en un marco intimidatorio innegable, en el que la ex pareja se conoce demasiado bien y utiliza para lograr la aceptación del otro artimañas engañosas, cuando no el recurso a sentimientos fingidos o falsas promesas”. Añade además que “el derecho penal sobre violencia de género tiene unas finalidades que no se pueden conseguir si se permite a la víctima dejar sin efecto decisiones acordadas por la autoridad judicial en su favor” (43).

El discutido tratamiento del delito de quebrantamiento, sea de pena o de medida cautelar, relativo a la violencia doméstica y de género, presenta una serie de peculiaridades que han sido descritas, muy acertadamente, en la STS 1065/2010 de 26 de noviembre cuando declara que “la pérdida de autoestima por parte de la mujer, que es consustancial a los episodios prolongados de violencia doméstica, puede provocar en el órgano judicial el irreparable error de convertir lo que no es sino la expresión patológica de un síndrome de anulación personal, en una fuente legitimante que lleve a la equivocación de anular las barreras alzadas para la protección de la propia víctima, sumiendo a éste de nuevo en la situación de riesgo que trataba de evitarse”.

En definitiva, todas las sentencias del Alto Tribunal posteriores al Acuerdo de Pleno de 2008 han optado por no desviarse del mismo, reafirmando así la irrelevancia del consentimiento de la víctima para perseguir las conductas tipificadas en el artículo 468.2 del Código Penal (44).

(42) Entre otras, SSTS 39/2009, de 29 de enero, 172/2009, de 24 de febrero, 349/2009, de 30 de marzo.

(43) Así, STS 755/2009, de 13 de julio.

(44) Así, SSTS 14/2010 y 61/2010, ambas de fecha 28 de enero, 60/2010 de 29 de enero, 268/2010 de 26 de febrero, 474/2010 de 17 de mayo, 902/2010 de 21 de octubre, 117/2010 de 24 de noviembre, 1065/2010 de 26 de noviembre, 9/2011 y 126/2011, ambas de 31 de enero, 192/2011 de 18 de marzo, 260/2011 de 6 de abril.

Huelga decir que en la práctica diaria, pese a la advertencia y conocimiento - fijada por el Alto Tribunal en el citado Acuerdo- de la irrelevancia del consentimiento y de que la víctima no dispone del cumplimiento de la orden de alejamiento y, por ende, en el caso de que ésta sea vulnerada por el acusado, éste deberá responder penalmente, se siguen produciendo situaciones de acercamiento consentido que elevan al máximo las situaciones de riesgo de las víctimas, toda vez que muchos de los crímenes de violencia de género que se suceden cada año se producen en situaciones de reanudación de la convivencia o acercamientos consentidos.

Bibliografía

BENEYTEZ MERINO, L.: *Código Penal Comentado*, 2004.

BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal*, 4ª ed., 1994.

CALDERÓN CERESO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II, 2ª. ed., Barcelona, 2001.

CANCIO MELIÁ, M. en Rodríguez Mourullo, G. (Dir.) y Jorge Barreiro, A. (Coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 6ª ed., 2011

CÓRDOBA RODA, J. *Comentarios al Código Penal*, 2004

CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal*, 1982.

DEL MORAL GARCÍA, A.: *Código Penal (comentarios y jurisprudencia)*. Tomo II, Granada, 3ª ed., 2002.

GÓNZALEZ RUS, J.J.: - *Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Barcelona, 2000.

- En Cobo del Rosal, M. (Dir.): *Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Madrid, Barcelona, 2000.

- *Curso de Derecho Penal español*, Madrid, 2005.

MAGRO SIRVENT, V.: “Encuentros casuales en la orden de alejamiento y quebrantamiento de condena”, *La Ley Penal*, ed. La Ley.

MAPELLI CAFFARENA, B.: *Quebrantamiento de condena y evasión de presos*. *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 244, 1991.

MONTANER FERNANDEZ, R.: “El quebrantamiento de las penas o medidas de protección a las víctimas de violencia doméstica”, en *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, Barcelona, octubre de 2007.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Decimoctava ed., Valencia, 2010.

OLAIZOLA NOGALES, I.: “Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX (2010),

ORTS BERENGUER, E.: *Derecho Penal. Parte Especial*. 3ª. ed., Valencia, 2010.

PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal Parte Especial*, 2ª ed., Valencia, 1996.

QUERALT I JIMÉNEZ, en MONTALBÁN HUERTAS (dir.), *CDJ: La Ley Integral*.

RASILLO LÓPEZ P., “El delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar consentido”, *Diario La Ley*, Nº 6998, Sec. Práctica Forense, 28 Jul. 2008.

ROBLES PLANAS, V.: *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, del mismo, *Garantes y cómplices: la intervención por omisión en los delitos especiales*, 2007.

SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*. 14ª. ed., Madrid, 2009.

SUÁREZ LÓPEZ, J.M.: *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código Penal Español*. Granada, 2000.

VALEIJE ÁLVAREZ, I. (“*Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 del CP y de delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 del CP*”, Agosto 2006

VIVES ANTÓN, T.S.: - *Derecho Penal Parte Especial*, Madrid, 2010.

- *Comentarios al Código Penal de 1995*. Vol. 2, Valencia, 2005.

* * * * *

Reflexiones en torno a la Ley nº 779, de violencia contra la mujer en la legislación nicaragüense

~Prof. Dr. José Zamyra Vega Gutiérrez~

Acredit. Ayudante Doctor de Derecho Penal. Universidad de Alcalá. Socio de la FICP.

I

El 26.01.2012 la Asamblea legislativa nicaragüense aprobó la “Ley Integral contra la violencia hacia las mujeres y de reformas a la Ley nº 641 del Código penal”, lo cual ha sido valorado muy positivamente por las organizaciones civiles que reivindican los derechos de la mujer frente a lo que denominan “relaciones desiguales de poder entre hombre y mujeres”. La celeridad en la discusión y aprobación del texto definitivo denota la existencia de un amplio consenso político en la lucha contra la violencia de género; sin embargo, habría que valorar si tanta premura legislativa ha favorecido en realidad la ansiada tutela judicial efectiva que reclaman las mujeres, sobre todo porque a poco más de un año de su entrada en vigencia (el 22.06.2012) la Ley nº 779 ya ha sido objeto de reformas legislativas.

Aunque no pretendemos realizar en este espacio un análisis pormenorizado de la citada ley, sí plantaremos los principales problemas de interpretación y aplicación que surgen en este ámbito. Así, en primer lugar, desde su aprobación se interpusieron varios recursos por inconstitucionalidad, fundamentados esencialmente en dos argumentos, a saber: a) vulneración del principio de igualdad ante la ley debido a que se crean figuras delictivas que castigan con mayor pena al hombre que a la mujer que pudiera incurrir en actuaciones similares y, b) que la creación de los Juzgados de Distrito Penal Especializados en Violencia suponen una jurisdicción de excepción.

Por su parte, en cuando a las conductas típicas resulta llamativo que, en el Dictamen favorable emitido para la aprobación de dicha ley, se afirme que en la misma se incluyen delitos que antes no estaban contemplados en el recién aprobado CP/2008, cuando a decir verdad hay manifestaciones delictivas que ya estaban recogidas en la ley, al menos en cuanto al contenido esencial del bien jurídico protegido (v. gr., la vida y la integridad física o psíquica), aunque en algún caso con un *nomen iuris* distinto, por lo que el legislador incurre en lo que él mismo ha descrito como un fenómeno perjudicial: la inflación legislativa. Que esto es así lo demuestra el hecho de que la ley sanciona “*ex novo*” conductas que atentan contra la vida, la seguridad, la integridad física y psíquica,

o la libertad, aunque ciertamente podría argumentarse que la diferencia entre los nuevos delitos y los regulados en el CP/2008 radica precisamente en que los tipos penales recogidos en la nueva ley protegen a un concreto sujeto pasivo: la mujer.

A partir de aquí, había que determinar si esa especial protección de la mujer –que conlleva a una diferencia penológica traducida en penas más graves cuando la víctima es una mujer que cuando es un hombre– es compatible con el principio de igualdad (art. 27 Cn), en virtud del cual “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección”. En este sentido, hay quienes sostienen que no se puede invocar el sexo como criterio para justificar la diferencia de penas cuando se trata de un mismo delito, y esto por mucho que la finalidad de la norma sea la de proteger a la parte “más débil”.

Al respecto, el examen de constitucionalidad de la Ley nº 779 ha sido resuelto favorablemente mediante Sentencia de la Corte Suprema de Justicia nº 18/2013, de 22 de agosto; se trata de una resolución más que previsible si tomamos en consideración que fue la misma Corte Suprema de Justicia quien elaboró y presentó en la Asamblea legislativa uno de los proyectos de ley de violencia contra la mujer, y además defendió desde un primer momento la constitucionalidad de la norma, alegando que no procedía declarar su inconstitucionalidad precisamente porque nació dentro del poder judicial y en el marco de la Constitución¹, algo que ha sido cuestionado con razón por entenderse que en este caso el máximo tribunal se ha excedido en sus facultades constitucionales de iniciativa legislativa, pues el art. 140.3 de la Constitución nicaragüense restringe la iniciativa de ley de la Corte Suprema de Justicia a **materias propias de su competencia**, lo que comprende –a juicio de un sector– todo lo relativo a la organización de los juzgados, tribunales y, en general, a la administración de justicia.

De cualquier forma, pues, el máximo tribunal estimó que la Ley nº 779 no infringe el principio de igualdad, al intentar erradicar una situación de discriminación que sólo puede ser superada si se le otorga a la mujer una protección reforzada, mediante regulaciones especiales. Pero, pese a que se ha descartado la inconstitucionalidad de la Ley nº 779 y que, en su lugar, la Corte Suprema de Justicia presentó una propuesta de reformas –recientemente aprobada–, lo cierto es que el legislador tan solo salvó algunas omisiones del texto originalmente aprobado, pero dejó intactas algunas antinomias ya antes señaladas por la doctrina.

¹ MOLINA ARGÜELLO, “Circula reforma a la Ley 779”, en Diario “La Prensa”, de 27.05.2013.

II

Es lugar común en el ámbito de la violencia contra la mujer la utilización, por parte de los medios de comunicación y la sociedad en general, de las expresiones “violencia de género (o machista)”, “violencia doméstica” y “violencia (*intra*) familiar”. Pero ¿se trata de términos sinónimos? ¿o tienen marcadas diferencias a pesar de su indudable parentesco?²

A nuestro juicio, toda legislación que pretenda regular el fenómeno delictivo producido como “manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer” o con “ánimo de dominación o subyugación de la mujer por parte del varón”, debe partir de una correcta conceptualización del fenómeno que desea combatir, pues en caso contrario se corre el riesgo de crear disposiciones contradictorias y carentes de toda lógica jurídica y sistemática.

En tal sentido, pues, por **violencia de género** se entiende toda “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”, y que se ejerce sobre éstas por quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por análogas relaciones de afectividad, aun sin convivencia y que abarca todo acto de violencia física o psíquica, incluidas los ataques contra la libertad sexual, amenazas, coacciones o la privación arbitraria de libertad. Así, hay que reconocer que la Ley nº 779, de violencia contra la mujer, parte de un concepto de violencia de género ajustado a las características atribuidas a este lamentable fenómeno social, entendido asimismo como todo comportamiento realizado con “ánimo de dominación o subyugación de la mujer por parte del varón”.

Por su parte, la **violencia intrafamiliar** abarca todas las manifestaciones de violencia, ocurridas en el seno de la familia, contra menores, ancianos, hombres y fundamentalmente mujeres, por lo que en este ámbito no suele distinguirse la violencia contra la mujer respecto a los demás miembros de la familia, de forma que el número de sujetos pasivos es sustancialmente mayor (cónyuge, hijos, padres, hermanos).

² A juicio de GUDE FERNÁNDEZ/LÓPEZ PORTAS/SANJURJO RIVO, La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: algunas consideraciones desde el punto de vista jurídico-constitucional, en La violencia de género, tiran lo blanch, 2013, p. 186, resulta inapropiado identificar la violencia de género con la violencia doméstica, ya que se trata de fenómenos emparentados pero diferentes, debidos a causas distintas y necesitados de respuestas penales autónomas.

Finalmente, la **violencia doméstica** es un concepto más amplio en la medida en que también supone el ejercicio de manifestaciones de violencia en el ámbito privado, pero no implica necesariamente lazos de parentesco primarios, aunque sí puede darse entre lazos de parentesco secundarios, como es el caso de las familias reconstituidas³.

En la legislación nicaragüense, además de crearse una legislación específica en materia de violencia de género también se mantiene un tipo penal denominado **violencia doméstica o intrafamiliar**⁴, cuya descripción típica coincide sustancialmente con algunas de las conductas catalogadas como delitos de violencia de género, lo que sin duda planteará problemas concursales y pondrá de manifiesto las dificultades al momento de distinguir cuándo un acto de violencia contra la mujer constituye una violencia de género y cuándo violencia doméstica. A tal efecto, se ha dicho que la respuesta a esta cuestión radica en que mientras la violencia doméstica encuentra su explicación en las relaciones asimétricas propias de la estructura familiar y puede afectar tanto a hombres como a mujeres; la violencia de género hunde sus raíces en la discriminación estructural del sexo femenino propia de la sociedad patriarcal y por eso sus víctimas siempre son las mujeres”⁵.

III

Si bien el legislador parece distinguir la violencia de género de la violencia doméstica o intrafamiliar (art. 155 CP), lo cierto es que las penas son superiores en este último caso, salvo –cosa que no se alcanza a comprender– en el ámbito de las lesiones gravísimas. Así, como en los delitos de género el sujeto activo es el hombre y el pasivo la mujer –mientras que en la violencia intrafamiliar, el círculo de sujetos es más amplio, esto es, victimarios pueden serlo tanto hombres como mujeres y víctimas pueden ser

³ Cfr. al respecto, GORJÓN BARRANCO, La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual, Madrid, Iustel, 2013, pp. 36-40.

⁴ El art. 155 CP establece “Quien ejerza cualquier tipo de fuerza, violencia o intimidación física o psicológica, en perjuicio de quien haya sido su cónyuge o conviviente en unión de hecho estable o contra la persona a quien se halle o hubiere estado ligado de forma estable por relación de afectividad, niños, niñas, adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad, sobre las hijas e hijos propios del cónyuge, conviviente o sobre ascendientes, descendiente, parientes colaterales por consanguinidad, afinidad, adopción, o sujetos a tutela. En el caso de niños, niñas y adolescentes, no se podrá alegar el derecho de corrección disciplinaria. A los responsables de este delito se les impondrá las siguientes penas: a) Lesiones leves, la pena será de uno a dos años de prisión; b) Lesiones graves, la pena será de tres a siete años de prisión; c) Lesiones gravísimas, la pena será de cinco a doce años de prisión.

Además de las penas de prisión anteriormente señaladas, a los responsables de violencia intrafamiliar, se les impondrá la inhabilitación especial por el mismo período de los derechos derivados de la relación entre madre, padre e hijos, o con la persona sujeta a tutela.

⁵ Cfr. LAURENZO COPELLO, Violencia de género y Derecho penal de excepción, en Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004, CuadDJ, nº 9, 2007, p. 39.

hombres, niños, ancianos, y también mujeres– se plantea la paradoja de que el hombre que lesiona a una mujer en el ámbito de la violencia de género tendrá menor pena de prisión que la mujer (o incluso el hombre) que lesiona a su cónyuge, hijos o padres en el ámbito de la violencia intrafamiliar.

Lesiones leves (violencia doméstica) = 1 a 2 años.

Lesiones leves (violencia de género) = 8 meses a 1 año y 4 meses.

Lesiones graves (violencia doméstica) = 3 a 7 años.

Lesiones graves (violencia de género) = 2 años y 8 meses a 6 años y 8 meses.

Lesiones gravísimas (violencia doméstica) = 5 a 12 años.

Lesiones gravísimas (violencia de género) = 7 años y 6 meses a 13 años y 4 meses.

Es evidente, pues, que el legislador ha establecido efectos penológicos mayores cuando la mujer lesiona a un miembro de la familia que cuando el hombre lesiona por razones de género a la mujer.

La otra discordancia destacable se presenta cuando la Ley nº 745, de control jurisdiccional de la sanción penal, contempla que los delitos de violencia doméstica o intrafamiliar, cuya pena se clasifique como grave por su naturaleza, serán tramitados en todo caso bajo prisión preventiva hasta que se dicte sentencia (art. 44). Nuevamente, como la Ley nº 779, de violencia contra la mujer, no contempla una cláusula similar, nos encontramos con que frente a un delito de género castigado con pena grave, al menos legalmente podría imponerse –atendiendo a las circunstancias personales del hombre y la valoración judicial– una medida cautelar alternativa a la prisión preventiva, mientras que si una mujer (o un hombre) comete un delito de lesiones gravísimas en el ámbito doméstico, la medida cautelar será siempre la prisión preventiva.

Con lo dicho hasta ahora, se perciben notables contradicciones, pues aunque la violencia de género ha sido debidamente caracterizada, al menos frente al delito de lesiones cometido en el seno de la pareja, el legislador no consigue alcanzar una interpretación y sistematización coherente del fenómeno delictivo que pretende regular.

IV

a) Desde que en su art. 1 la Ley nº 779 establece que el objeto de la misma es actuar contra la violencia que se ejerce hacia las **mujeres**, con el propósito de proteger sus derechos humanos y garantizarles una vida libre de violencia, es evidente que los tipos de género contenidos en dicha ley se definen en función de la mujer como **sujeto**

pasivo⁶, aunque habría que plantear la cuestión de si también abarca los casos en los que la violencia que padece la mujer proviene de otra mujer a la que está o ha estado unida por un vínculo afectivo.

En tal sentido, pues, habrá que determinar si sujetos activos de los delitos contemplados en esta ley pueden serlo también las mujeres. En principio, a la luz del art. 2 de la Ley nº 779 podría defenderse tal posibilidad, ya que esta disposición –que alude al ámbito de aplicación de la norma– establece de forma genérica que la normativa se aplicará “a quien ejerza violencia contra las mujeres **de manera puntual o de forma reiterada**. Los efectos de esta Ley, serán aplicables a quien se halle o hubiere estado ligado por relación de consanguinidad, afinidad, sujetos a tutela, cónyuge, ex-cónyuge, conviviente en unión de hecho estable, ex conviviente en unión de hecho estable, novios, ex novios, relación de afectividad, desconocidos, así como cualquier otra relación interpersonal que pueda generar este tipo de violencia”.

Frente a esta cuestión, de la simple lectura de algunas descripciones típicas podría interpretarse que, por un lado, sólo las mujeres pueden ser sujeto pasivo de las infracciones y, por otro, que sujeto activo de las mismas sólo pueden ser los hombres. Así, por ejemplo, los delitos de femicidio, violencia física, violencia patrimonial y económica y la intimidación o amenazas, utilizan expresiones como “el hombre que diere muerte, causara lesiones, sustraiga bienes, intimide o amenace a una mujer... será sancionado con la pena de...”; sin embargo, existen otros tipos penales, como el de violencia psicológica, de sustracción de hijos y violencia laboral, violencia en el ejercicio de la función pública contra la mujer, omisión de denunciar y la obligación de denunciar actos de acoso sexual, que utilizan expresiones que inducen a confusión, pues en sus descripciones típicas se hace referencia a “Quien mediante acción u omisión y con el propósito de denigrar a la mujer” (art. 11), “Cuando el padre u **otro familiar** ejerza o haya ejercido violencia contra la mujer...” (art. 14), “Quien impida o limite el ejercicio del derecho al trabajo de las mujeres...” (art. 15), “Quien en el ejercicio de la función pública, independientemente de su cargo, de forma dolosa, retarde, obstaculice, deniegue la debida atención o impida que la mujer ...” (art. 16), “Las personas que de acuerdo a la legislación procesal penal tengan obligación de denunciar los delitos de

⁶ Aunque un número bastante representativo de personas vinculadas a los denominados grupos de la diversidad sexual (los llamados transgéneros), avalados por la Procuraduría Especial de la Diversidad sexual de Nicaragua, han demandado más recientemente su inclusión como potenciales sujetos pasivos de estos delitos. Cfr. al respecto, “Grupos de la diversidad sexual piden inclusión legal. Transgéneros piden inclusión en Ley 779”, en Diario “La Prensa”, de 21.05.2013.

acción pública” (art. 17), “Toda autoridad jerárquica en centros de empleo, de educación o de cualquier otra índole, que tenga conocimiento de hechos de acoso sexual realizados por personas” (art. 18)⁷.

Por su parte, el argumento esencial por el que se niega la posibilidad de aplicar los tipos penales de género a la mujer que ejerce violencia sobre otra radica en que –a juicio de algunos– este tipo de violencia no tiene su origen en la desigualdad y discriminación que por razones de género ha padecido la mujer a lo largo de la historia, por lo que no suponen conductas reconducibles al concepto de violencia de género *strictu sensu*, aunque sí se trata de otro tipo de violencia⁸.

Por último, una cuestión a tener en cuenta en este ejercicio exegético, es que en la Ley nº 779 se introducen reformas a diversos tipos delictivos del Código penal, de cuyas descripciones típicas se desprende de forma inequívoca que tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos activos y/o pasivos de las distintas infracciones. Así, por ejemplo, los delitos de lesiones graves y leves o el delito de propalación, aunque ciertamente podría argumentarse que la Ley nº 779 es una legislación especial que crea nuevas categorías delictivas destinadas a proteger exclusivamente a la mujer como sujeto pasivo, mientras que los tipos delictivos reformados **no incorporan el género como elemento del tipo** y que, por tanto, aunque guarden una estrecha relación con la violencia hacia las mujeres y que incluso sean afectados por las disposiciones de esta ley (como la que prohíbe la mediación en “los delitos señalados en la presente ley”), la introducción de su reforma en la ley especial no implica que se trate de conductas directamente relacionadas con la violencia de género.

b) A mi juicio, de *lege lata* los problemas de interpretación se generan, en primer lugar, cuando en el “núcleo duro” de los delitos de violencia de género se utilizan fórmulas dispares para designar a los sujetos activos de la infracción, de manera que se puede afirmar inequívocamente que en los delitos de femicidio, violencia física, violencia patrimonial y económica e intimidación o amenazas, el hombre es el único que encaja en el círculo de sujetos activos y que, en cambio, en los tipos de violencia psicológica, de sustracción de hijos y violencia laboral, violencia en el ejercicio de la

⁷ Así, MORENO CASTILLO, “Piden incluir a transgéneros en Ley 779”, en Diario “La Prensa”, de 20.05.2013, admite que la **mujer** sí puede ser **sujeto activo** cuando por ejemplo incurre en el delito de omisión de denunciar actos de violencia de género.

⁸ Cfr. MORENO CASTILLO, “No entiendo la adversidad a la Ley 779”, en Diario “La Prensa”, de 14.04.2013.

función pública contra la mujer, omisión de denunciar y la obligación de denunciar actos de acoso sexual, sí es posible que la mujer sea sujeto activo de la infracción.

Desde esta perspectiva, pues, no se alcanza a comprender cómo en el ámbito de la tipicidad existe tal diferencia, según el delito de que se trate, si la ley parte de una premisa básica: la lucha contra la violencia –en sentido amplio– hacia la mujer como manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres. La única explicación lógica que puede inferirse es que se trata de un olvido del legislador o que el mismo ha seleccionado de entre todas las manifestaciones de violencia previstas en la ley, aquéllas que se presentan con más frecuencia y que suponen formas de violencia de mayor gravedad.

Que en el ámbito de los sujetos activos nuestra interpretación es posible viene refrendado por el art. 2 Ley nº 779, que establece su ámbito de aplicación “a quien se halle o hubiere estado ligado...”, pudiendo haberse referido “al hombre que se halle o hubiere estado ligado...”, lo que sumado a los tipos que utilizan cláusulas genéricas para referirse al destinatario de la prohibición, permiten afirmar la existencia de tipos penales de género cuyos destinatarios pueden ser sólo hombres u hombres y mujeres según los casos.

c) Por el contrario, menores problemas se plantean en torno a la posibilidad de que el **sujeto pasivo** sea un **hombre** respecto de la violencia procedente de su pareja, también hombre, ya que aunque sólo algunos tipos penales aluden expresamente a la muerte, violencia, sustracción o intimidación “contra la mujer”, mientras que otros omiten toda referencia a ésta, lo cierto es que el art. 1 Ley nº 779 deja claro que la finalidad de la norma es actuar contra la violencia que se ejerce hacia las **mujeres**. Por tanto, de *lege lata* no es posible concebir al hombre como potencial sujeto pasivo, lo que sí sería admisible si el tipo respectivo utilizara alguna fórmula genérica, como por ejemplo la de “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”; sin embargo, para evitar problemas de interpretación convendría que todos los tipos utilizarán fórmulas equivalentes para referirse al sujeto pasivo.

d) Ahora bien, si la finalidad de la propia norma es frenar las distintas manifestaciones de violencia que se ejerce sobre la mujer en el marco de las “relaciones desiguales de poder”, y tales conductas nocivas encuentran su caldo de cultivo en las relaciones de afectivas o pareja, con independencia de si son hetero u homosexuales, a mi juicio no hay razones para excluir a la mujer del círculo de potenciales sujetos

activos del delito⁹. Como hemos visto, quienes defienden el contenido de la ley nicaragüense en este ámbito alegan que este tipo de violencia no tiene su origen en la discriminación por razones de género.

En este sentido, en la doctrina española se ha llegado a sostener que es un error clasificar la agresión entre mujeres como violencia de género, ya que “en un matrimonio formado por dos mujeres puede haber una relación de poder, como en tantos ámbitos de la vida, pero no se trata de una desigualdad histórica que genera violencia y que tanto los hombres como las mujeres acaban considerando normales. La diferencia está en el origen. Lo que pretendemos combatir con la Ley es la normalización de la superioridad de un sexo sobre otro”, por lo que –a juicio de un sector– es un error entremezclar los conceptos de violencia doméstica y de género¹⁰.

Sobre esta cuestión también se ha pronunciado el TC al determinar que la dicotomía sujetos activos hombres y sujetos pasivos mujeres es sólo una de las varias interpretaciones posibles, ya que también podría defenderse que las mujeres pueden ser sujetos activos del delito¹¹.

A mi juicio, de *lege ferenda* podría plantearse la inclusión de la mujer como posible sujeto activo en los tipos de violencia de género, siempre claro está que en su relación de pareja hayan signos inequívocos de la “relación de poder” que caracteriza a este tipo de violencia, aunque hay que admitir las dificultades conceptuales que esto supondría dada la especialidad de la llamada violencia de género, que tiene como fundamento la marginación y subordinación social, jurídica y cultural que históricamente ha tenido la mujer respecto del hombre. Pero, a pesar de esta especialidad, no es menos cierto que en las relaciones entre mujeres pueden existir signos inequívocos de esos patrones culturales imperantes en las sociedades patriarcales, signos que pueden ser asumidos por uno de los miembros de la pareja. Por esta razón, el **fundamento** de la inclusión de la mujer como sujeto activo de un delito

⁹ Así, conviene invocar la Sentencia núm. 219/2009, de 20 de abril de 2009, del Juzgado de lo penal de Santander, que condenó a una mujer que agredió a su esposa, de la que se estaba separando.

¹⁰ Cfr. LORENTE ACOSTA, “Es un error considerar violencia de género la agresión entre mujeres”, en El País, de 12 de junio de 2009.

¹¹ Cfr. la STC núm. 59/2008, de 14.05. Sobre las críticas a esta resolución, *vid.* POLAINO-ORTS, La legitimación constitucional de un Derecho penal sui generis del enemigo frente a la agresión a la mujer. Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo, en InDret 3/2008, p. 31, señala que con esta interpretación se genera un agravio comparativo, en relación con la pareja homosexual masculina, pues en estos casos se protege a la mujer por que sí, pero no porque conste probadamente que se encuentre en una posición de mayor desvalimiento.

de violencia de género podría girar en torno a la asunción por parte de ésta de patrones de conducta o, mejor aún, en la asunción de un “rol” que se identifica con el género masculino¹².

V

a) En la doctrina y jurisprudencia nicaragüense aún no se plantea la cuestión de si en el ámbito de la violencia de género es preciso acreditar la concurrencia de un especial elemento subjetivo del injusto, sino que en la mayoría de los casos sometidos a examen judicial se parte de la base de que cualquier manifestación de agresión física o psíquica contra la mujer supone la realización de los tipos asociados a la violencia de género.

Pero, tal y como están redactados algunos tipos penales y dada la naturaleza misma de la ley, que pretende compensar el desequilibrio y la desigualdad que durante años ha obstaculizado el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, es preciso distinguir –a mi juicio– las conductas que afectan de forma puntual los bienes jurídicos de la mujer, de aquellas otras manifestaciones de violencia que se generan como “manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer”. De tal forma, pues, entiendo que una interpretación contraria, esto es, la aplicación automática de los tipos penales de género por el simple hecho de que el sujeto pasivo es mujer contrasta con el espíritu de la ley especial.

En parecidos términos, *de la Fuente Honrubia* ha planteado la cuestión en el marco de la aplicación de los tipos penales de género contemplados en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹³. En tal sentido, el citado autor entiende que la cuestión radica en determinar si toda acción de violencia física, toda amenazas leve, toda coacción leve, toda lesión prevista en el art. 147 CP, que se presente en el seno de la pareja, debe considerarse necesaria y automáticamente como **violencia de género**, o sino sólo y exclusivamente cuando el

¹² En este sentido, MARTÍNEZ GARCÍA, La protección cautelar de la víctima en la nueva Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, en Boix Reig, La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre), Iustel, Madrid, 2005, p. 321; ACALE SÁNCHEZ, La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal, Madrid, 2006, p. 125; GORJÓN BARRANCO, La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual, Iustel, 2013, p. 89-93.

¹³ DE LA FUENTE HONRUBIA, Ponencia ¿Es exigible un elemento subjetivo específico del injusto en los delitos relativos a la violencia de género? Análisis de la jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales, en XIV SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL, 17.06.2011.

hecho sea “manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer.....”. Dicho planteamiento resulta indispensable si tomamos en consideración que el **fundamento** de la creación de tipos penales de género descansa en el *mayor desvalor* que suponen estas conductas que afectan a la igualdad, seguridad y dignidad de las mujeres, generando una posición de desigualdad y subordinación de la mujer.

Así, tal y como expuso en su día *de la Fuente*, en España existen dos claros posicionamientos jurisprudenciales en relación con esta cuestión: un primer sector (AP Murcia, Barcelona) considera que no toda acción violenta contra la mujer debe ser considerada necesariamente violencia de género, sino sólo en aquellos supuestos en los que la violencia sea una manifestación de la discriminación y subordinación de la mujer, de manera que ésta asuma un rol de inferioridad que suponga un quebranto de la igualdad. Las restantes deben ser imputadas a título de falta. Por el contrario, otra corriente jurisprudencial (AP Madrid, Las Palmas), señala que no es necesario un *ánimo tendencial* ni una *posición de dominio*, sino exclusivamente la constatación de los elementos subjetivos y objetivos del tipo global de injusto.

b) Volviendo a la legislación nicaragüense, en el ámbito de la violencia de género, la muerte ocasionada por un hombre a una mujer en el marco de las relaciones desiguales de poder –y en determinadas circunstancias– adopta el *nomen iuris* de femicidio, cuya pena es superior a la del homicidio simple. Así, al estar recogido este nuevo delito en la Ley nº 779, que básicamente crea tipos penales de género, se plantea la duda de si en dichos tipos delictivos, y en concreto en el femicidio, debe concurrir algún especial elemento subjetivo.

Planteado de otra forma: ¿requiere el delito de femicidio la concurrencia de un ánimo tendencial en el hombre o la existencia de una posición de dominio de la mujer respecto del hombre? En principio, de la simple lectura del precepto que enumera taxativamente una serie de circunstancias para que concurra el delito de femicidio, parece que la respuesta ha de ser positiva, por lo que –de ser así– tendríamos que admitir que en teoría podría haber casos en los que la muerte de una mujer tendría que calificarse como un simple homicidio.

Sin embargo, como hemos apuntado, no parece que sea ésta la interpretación que impera en la doctrina y jurisprudencia nicaragüense, ya que da la impresión de que la existencia del femicidio en la legislación especial ha generado una aplicación

automática de este delito cuando la víctima es una mujer, sin entrar a valorar si concurre o no un ánimo tendencial en la actuación del sujeto activo. De esta forma, si tal interpretación fuera correcta habría que dar por sentado que siempre que se produzca la muerte de una mujer a manos de un hombre existirá un delito de femicidio, incluso cuando el sujeto activo es un desconocido que actúa sin ninguna aparente motivación de género, lo cual podría estar avalado por la calificación como femicidio de la muerte de una mujer en el transcurso de una trifulca entre pandillas [art. 9 d) Ley nº 779].

¿Cuál es la interpretación correcta? No es posible analizar aquí esta cuestión, pero si tomamos en consideración que desde la famosa masacre ocurrida en la Universidad de Montreal (1989), donde un joven asesinó a 14 mujeres e hirió a otras por su explícito odio hacia las mujeres y los grupos feministas, nos daremos cuenta que –en el ámbito de la violencia de género– a partir de este suceso la muerte de una mujer por la acción de un hombre ha estado asociada a este tipo de ánimo tendencial, y precisamente por ello la Ley nº 779 también castiga más severamente la muerte ocasionada por misoginia o en el marco de las relaciones de pareja que generan desigualdad o subordinación de la mujer.

De cualquier forma, la redacción del femicidio es confusa y *sui generis*, pero entiendo que si la muerte de una mujer no está acompañada de algunas de las circunstancias objetivas o subjetivas contempladas en la norma, entonces habría que aplicar un delito de homicidio simple, lo que también tendrá especial relevancia cuando nos encontremos frente a una eximente incompleta, como p. ej., la legítima defensa de un hombre que se excede en los medios empleados para impedir o repeler la agresión que proviene de una mujer.

VI

A diferencia de la regulación general de las medidas cautelares en la legislación procesal (art. 166 ss CPP), la Ley nº 779 introduce otras medidas de carácter real y personal directamente relacionadas con la violencia de género, además de la novedosa incorporación de las llamadas “**medidas precautelares**”, que pueden ser impuestas por determinadas autoridades de la Policía Nacional o el Ministerio Público. He aquí precisamente donde se centran las principales críticas al establecimiento de tales medidas, que en todo caso representan restricciones de derechos constitucionales vinculados a la libertad, el patrimonio o la dignidad, ya que pueden imponerse por órganos **no jurisdiccionales**, aunque bien es cierto que cuentan con un límite temporal

de 20 días, prorrogables por una sola vez y que, en ambos casos, la resolución que las ordene debe estar motivada.

Al igual que las medidas cautelares, la Ley señala que la asunción de las medidas precautelares solo podrán ser adoptadas observando criterios de proporcionalidad, racionalidad, necesidad y urgencia; no obstante, a nuestro juicio, aunque la finalidad preventiva y de protección de tales medidas es loable, la restricción de derechos que acarrea la imposición de tales medidas sólo puede ser autorizada por un **juez**, nunca por órganos policiales que sí podrían simplemente garantizar la ejecución de cualquier medida restrictiva de derechos impuesta judicialmente al presunto agresor. Y esto por mucho que la ley señale límites temporales y materiales para la imposición de tales medidas.

Es evidente, pues, el peligro que entraña que la aplicación de las medidas precautelares pueda ser acordada por órganos de investigación, ya que esto podría suponer un retorno al **sistema inquisitivo** imperante en el proceso penal nicaragüense hasta el año 2003, y que fue sustituido por la instauración de un sistema acusatorio, en el que se ha intentado suprimir todo vestigio del Estado policía que podía intervenir discrecionalmente en la vida de los ciudadanos, produciéndose así excesos de toda índole.

Por el contrario, las medidas cautelares sí deben ser autorizadas por un órgano judicial y, aunque en términos generales son medidas nada ajenas al amplio catálogo de medidas cautelares que habitualmente se imponen en los procesos por violencia de género, lo cierto es que entre éstas se introduce una medida de dudosa constitucionalidad, como es la que obliga al presunto agresor a someterse a la atención psicológica o psiquiátrica que el juez estime necesaria.

VII

Desde que a finales del año 2002 entró en vigencia el nuevo Código procesal penal (en adelante CPP), la justicia penal nicaragüense incorporó un sistema hasta entonces desconocido y ajeno al engranaje procesal imperante durante más de un siglo. En efecto, el CPP trajo consigo la instauración del **sistema acusatorio**, caracterizado por la oralidad, la inmediatez, la libre valoración de la prueba, el respecto a las garantías del debido proceso, la creación de un órgano público acusador distinto del juez y la garantía del control de legalidad judicial de los medios de prueba obtenidos, lo que

contrasta con el anterior **sistema inquisitivo**, fuertemente arraigado en el viejo Código de Instrucción Criminal (1879), a su vez inspirado en la Novísima Recopilación española (1806), y que se caracterizaba por el secretismo, la vulneración de derechos fundamentales como la presunción de inocencia, el derecho a la defensa o la libertad probatoria.

Pues bien, el nuevo modelo incorporó el **principio de oportunidad**, en virtud del cual el Ministerio Público podrá ofrecer al acusado medidas alternativas a la persecución penal o limitarla a alguna o algunas infracciones o personas que participaron en el hecho punible. Así, el CPP contiene 4 manifestaciones (o criterios) del principio de oportunidad, a saber: 1) la mediación, 2) la suspensión condicional, 3) el acuerdo y, 4) la suspensión condicional de la persecución¹⁴.

En lo que hace a la mediación, la misma puede ejecutarse antes o durante el juicio. En el primer caso estamos frente a la **mediación previa** y, en el segundo caso, frente a la **mediación durante el proceso**. En términos generales, la mediación procede: en las faltas, en los delitos imprudentes o culposos, en los delitos patrimoniales cometidos entre particulares sin mediar violencia o intimidación y, en los delitos sancionados con penas menos graves (inferiores a 5 años de prisión).

Pese a esta previsión legislativa, la alarma social que provocaba el incremento de la criminalidad en el ámbito de las relaciones de pareja propició que, tras sucesivas propuestas de reformas legislativas, la figura de la mediación fuera perdiendo terreno, hasta llegar a su total supresión en el ámbito de la violencia doméstica y la violencia de género. Así, el art. 46 de la Ley nº 779 prohibía (hasta la reforma reciente del 24.9.2013) la mediación “en los delitos señalados en la presente ley”, siendo en la actualidad uno de los principales puntos de discusión, pues un amplio sector apostaba por la restitución de dicha figura, mientras que otro sector rechazaba tal posibilidad por entender que constituiría un retroceso en la protección del derecho de la mujer a vivir libre de violencia. Entre las razones que inicialmente llevaron al legislador a prohibir la mediación en los delitos de violencia de género resaltan los casos de muertes o agresiones sufridas por mujeres después de haber firmado un acuerdo de mediación con su agresor; así, las organizaciones feministas señalan que en el año 2012 el 30% de las

¹⁴ El *plea bargaining* en el sistema anglosajón es la negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión y, de este modo, reducir o modificar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado.

víctimas de femicidios pasaron por un proceso de mediación antes de ser asesinadas por sus compañeros o excompañeros de vida.

Pero además, esta cláusula general que prohibía la mediación afectaba –según la interpretación judicial imperante– a otros delitos que si bien fueron recogidos en la Ley nº 779, dicha inclusión se produjo en el marco de una reforma al CP, pero que no por esta razón pueden ser catalogados como tipos penales de género, v. gr., el delito de propalación o el delito de trata de personas. Así, en varios procesos judiciales por el delito de propalación, motivados por el hecho de que el exnovio colgó en internet fotos de contenido sexual de su expareja, se rechazó la posibilidad de acceder a la figura de la mediación, argumentándose que la Ley nº 779 lo prohibía expresamente.

Pues bien, la prohibición de la mediación resulta paradójica en la medida en que sí es posible en otros campos especialmente conflictivos, así por ejemplo, cuando estamos frente a homicidios imprudentes ocasionados en el ámbito del tráfico rodado, incluso cuando la muerte se produce mediante la conducción de vehículos bajo los efectos de bebidas alcohólicas o drogas. Aun así, algunos de los que se oponían al restablecimiento de la mediación llegaron a proponer de *lege ferenda* –aunque a mi juicio de *lega lata* su aplicación es perfectamente posible– otra posible vía para prescindir de la acción penal: **la suspensión condicional de la persecución**, aunque limitada únicamente a los delitos menos graves.

Finalmente, como fruto del amplio consenso político y partiendo de la propuesta de reforma originada en el seno de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la publicación de la citada reforma la Ley nº 779 deja abierta la posibilidad de acceder a la mediación en materia de violencia de género siempre que:

- a) se trate delitos **menos graves** (con penas inferiores a 5 años de prisión),
- b) que se realice ante el Fiscal o el Juez de la causa,
- c) que el supuesto agresor no tenga antecedentes penales por delitos contemplados en la ley especial,
- d) que la mujer acceda voluntariamente,

Veremos, pues, si tal previsión legislativa logra el fin perseguido, como es el de mantener la “unidad familiar”, fomentar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y promover el acceso a la justicia restaurativa como método alternativo para resolver este tipo de conflictos. Pero, en cualquier caso, considero que con las recientes

reformas a la Ley nº 779 no se ha conseguido salvar muchas de las contradicciones presentes en el texto original, pese a haber sido dadas a conocer públicamente, por lo que sea por terquedad o nuevamente por premura, el legislador ha vuelto a perder la oportunidad de aprobar una ley integral y coherente en materia de violencia de género.

* * * * *

Comunicaciones presentadas al XVI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal¹

La sustitución de las penas privativas de libertad en los delitos relacionados con la violencia de género

~Sra. Dña. Eva Caballero Costa~

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (España). Socia de la FICP.

~Sra. Dña. Marisol Caballero Costa~

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (España). Socia de la FICP.

I. RÉGIMEN LEGAL

La institución del beneficio de la sustitución de las penas se regula en el artículo 88 del Código Penal.

En este artículo se distinguen tres modalidades distintas de sustitución:

- a) Sustitución ordinaria: en el primer caso, se sustituyen las penas de prisión que no exceden de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y las penas de prisión que no exceden de seis meses por localización permanente. En este supuesto, el Juez o Tribunal puede imponer al penado la observancia de alguna de las obligaciones o deberes previstos en el artículo 83, de no haberse establecido como pena en la sentencia.
- b) Sustitución extraordinaria: en el segundo caso, se prevé la sustitución de las penas de prisión que no exceden de dos años por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad. En este supuesto, el Juez o Tribunal también puede imponer al penado la observancia de las obligaciones o deberes previstas en el artículo 83, de no haberse establecido como pena en la sentencia.
- c) Sustitución específica en relación con delitos relacionados con la violencia de género: en estos casos la pena de prisión solo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o la de localización permanente. En este caso, el Juez Tribunal impondrá adicionalmente al penado las obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 apartado 1, regla 1ª del Código Penal (prohibición de acudir a determinados lugares) y 2ª (prohibición de aproximarse o

¹ Vid. también la comunicación presentada por el Sr. D. Alfonso Allué Fuentes, “Breves consideraciones sobre la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa tras la reforma del Código Penal por la LO 15/2003, de 25 de noviembre”, supra, I.1.

comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal). Además el penado estará sujeto a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico (regla 5ª del art. 83). Por tanto, en los delitos de violencia de género la pena de prisión no podrá sustituirse por la pena de multa y las obligaciones del artículo 83 apartado 1, reglas 1ª y 2ª se impondrán necesariamente.

II. SUSTITUCIÓN OBLIGATORIA POR LA PENA DE TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD O LOCALIZACIÓN PERMANENTE. EXCLUSIÓN DE LA SUSTITUCIÓN POR LA PENA DE MULTA. JUSTIFICACIÓN POLITICO-CRIMINAL.

Como hemos visto anteriormente, cuando se trata de un delito de violencia de género el artículo 88 CP solo prevé la sustitución de la pena de prisión por la de trabajos en beneficio de la comunidad o la de localización permanente, no refiriéndose a la sustitución por la pena de multa. Esta misma cuestión viene establecida en el artículo 35 de la LO 1/2004 de 28 de diciembre.

En algunos de los delitos relativos a la violencia de género, el legislador establece como pena principal la pena de prisión o la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (por ejemplo, delitos previstos en los artículos 153.1, 171.4, 173.2 del Código Penal). En esos supuestos, cabe la posibilidad de que el penado cumpla la pena de trabajos en beneficio de la comunidad bien de forma principal, bien como forma sustitutiva de la pena de prisión impuesta. La diferencia entre una y otra forma de cumplimiento no es baladí. Es significativamente más grave el cumplimiento mediante la forma sustitutiva. Como pena principal, en los tres supuestos referidos, el marco típico es de 31 a 80 días de trabajos en beneficio de la comunidad. Como pena sustitutiva, sustituirá a la prisión en función de su extensión. En los tres supuestos mencionados, el límite mínimo de los marcos penales es de seis meses de prisión, por lo que conforme a las equivalencias previstas en el Código Penal, en ese supuesto, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (en ausencia de circunstancias que permitan rebajar la pena principal de prisión en grado) ascenderá como mínimo a seis meses de duración.

Añadidamente, otra diferencia importante, es el régimen derivado del incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en uno y otro caso.

Si se incumple la pena como principal, determinara la comisión de un delito de quebrantamiento de condena. Si se incumple la pena como sustitutiva, conforme dispone el artículo 88 CP, determinara la revocación del beneficio de sustitución y el cumplimiento de la pena de prisión sustituida.

La pena de trabajos en beneficio de la comunidad por imperativo del artículo 49 Código Penal no puede imponerse sin el consentimiento del penado, como consecuencia de la prohibición por la Constitución Española de los trabajos forzados en su artículo 25.2.

La mayoría de los órganos jurisdiccionales entiende que el consentimiento del penado ha de ser anterior a la imposición de la pena, de tal modo que en la sentencia no podrá establecerse una condena a trabajos en beneficio de la comunidad “condicionada” a la posterior aceptación del condenado.

En consecuencia, las penas de prisión impuestas por delitos de violencia de género, en ningún caso podrán ser sustituidas por una pena de multa, y la posibilidad de sustituir la prisión por localización permanente es limitada, pues el artículo 88 Código Penal solo se refiere a las penas de prisión que no superen los seis meses.

Se ha querido justificar desde un punto de vista político-criminal la inconveniencia de sustituir la pena de prisión por la de multa en los delitos de violencia de género de la siguiente manera:

Por una parte, se ha entendido que el sometimiento del condenado a una pena privativa de derechos como es la de trabajos en beneficio de la comunidad asegura, o por lo menos facilita, el control que puede realizarse respecto de su persona.

Por otro lado, se ha señalado que la sustitución de prisión por multa redundaría de forma directa o indirecta en perjuicio del propio patrimonio familiar y, en consecuencia en perjuicio de la propia víctima o de los hijos comunes.²

La pena de multa es una pena desigual, ya que así lo es la renta o el patrimonio de las personas, por este motivo la pena de multa no afecta de igual manera a los individuos con rentas altas que a los que las tienen más bajas.

Según un Informe³ⁱ del Consejo General del Poder Judicial la experiencia ha demostrado que la pena de multa es históricamente negativa en los delitos relacionados

2 PUENTE SEGURA, L., Suspensión y Sustitución de las penas, La Ley, Madrid, 2009, página 328.

con la violencia de género, porque en la mayoría de los casos el condenado ha utilizado esta pena contra la esposa, detrayendo la cuantía económica de los gastos domésticos o de los bienes gananciales; por todo ello no se trata de una medida idónea para conseguir los fines de prevención y resocialización en los delitos de violencia de género.

III. OBLIGACIONES Y DEBERES ESPECÍFICOS. PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN A LA VÍCTIMA, A SU DOMICILIO, O DE COMUNICAR CON LA MISMA; ¿CABE SU FIJACIÓN CUANDO HAN SIDO ESTABLECIDAS COMO PENAS EN SENTENCIA?

En aplicación de lo prevenido en el artículo 48.2 y 57.2 CP resultara de aplicación, en todo caso, necesariamente, y de forma preceptiva, la imposición al autor de la prohibición de aproximarse a la víctima, o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o el Tribunal, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que fuere frecuentado por ella. En nuestra opinión el carácter preceptivo de la imposición de esta pena, resulta incuestionable al haberse declarado de forma explícita la constitucionalidad del artículo 57.2 CP por la Sentencia del Tribunal Constitucional 60/2010, de 7 de octubre.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre del 2009 entendió que, entre los delitos previstos en el artículo 57.1 CP, no se contempla el delito de maltrato aunque el mismo se incluye dentro del Título III del Libro II del CP “De las lesiones” pero a pesar de ello esta aplicación preceptiva se tendrá que realizar cuando la conducta delictiva constituya realmente un delito de lesiones, pero no cuando la acción típica, como en el caso se integre exclusivamente por un maltrato de obra sin causar lesión. Es decir según parece desprenderse de esta sentencia cuando la acción típica consista en un mero maltrato de obra sin causar lesión la imposición de la pena de alejamiento sería facultativa. A ello hay que añadir, conforme a una corriente jurisprudencial, la posibilidad de que hechos inicialmente calificados como delito en el ámbito de la violencia de género, se califiquen como falta por entender que en estos delitos se exige un ánimo específico del injusto, concretamente un ánimo de dominación machista o de subyugación del hombre a la mujer⁴. En esos supuestos, la imposición de

3 Informe emitido por la Comisión de Estudios e Informes del Pleno del Consejo General del Poder Judicial en relación con el Anteproyecto de modificación del Código Penal de 22 de enero de 2013.

4 Sentencia número 126/2011 de 17 de junio, Sentencia número 225/2011 de 16 de diciembre, Sentencia número 00140/2010 de 11 de junio de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia.

la pena de alejamiento es potestativa por aplicación de lo dispuesto en el artículo 57.3 CP⁵.

Por otro lado, el carácter preceptivo es únicamente predicable de la pena de prohibición de aproximación, pero no de la pena de prohibición de comunicación con la víctima por cualquier medio.

Con respecto a la duración de la pena de prohibición de aproximación a la víctima, si se ha impuesto la pena de prisión y no la de trabajos en beneficio de la comunidad, habrá de ser como mínimo un año superior a la duración de la pena de prisión impuesta y como máximo de cinco años (artículo 57.1, párrafo 2º CP). En cualquier caso, impuestas conjuntamente la pena de prisión y la de prohibición de aproximación a la víctima, ambas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea, es decir pese a encontrarse en prisión estará prohibido que el condenado se aproxime a la víctima, lo que tiene importancia para impedir la existencia de visitas en el centro penitenciario, en situaciones de permiso de salida ordinario o extraordinario, tercer grado, etc.

Mayor dificultad, presenta la cuestión de cuál ha de ser la duración de la pena de prohibición de aproximarse a la víctima en los supuestos en los que se ha optado por imponer al condenado la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

Algunos órganos jurisdiccionales han entendido que no existe un límite mínimo de duración de la pena de prohibición de aproximarse a la víctima en estos casos ya que dicho límite no lo establece el artículo 57, que es ley especial frente a la duración general de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, bien como pena principal bien como pena accesoria.⁶ Ahora bien, la Audiencia Provincial de Madrid ha entendido que de la interpretación conjunta de los artículos 13.2 y 33.2 h) del CP el límite mínimo de duración de la pena de prohibición de aproximarse a la víctima será de seis meses y el máximo de cinco años.

El artículo 88 Código Penal establece que se impondrán las obligaciones del art. 83 siempre y cuando no se hayan impuesto en sentencia. Esta previsión significa que el Juez que deba evaluar la concesión del beneficio de la sustitución de las penas de

5 Sentencia nº 253/2011 de 27 de abril de la AP de Alicante.

6 Sentencia nº 890/2012 de 13 de diciembre de la AP de Alicante; Sentencia nº 322/2011, de 27 de junio de la AP de Tarragona.

prisión impuestas en delitos relacionados con la violencia de género deberá verificar: a) Si se ha impuesto o no en la sentencia las penas de prohibición de aproximación a la víctima, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que frecuente, y en su caso la pena de prohibición de comunicación con la víctima por cualquier medio; b) Si no hubieren sido impuestas, deberá condicionar la sustitución que conceda al cumplimiento de dichas obligaciones, fijando en ese caso el plazo durante el cual dichas obligaciones han de tener vigor; c) Si sólo hubiese sido acordada la pena de prohibición de aproximación, por ser imperativa en la mayoría de supuestos, y no la pena de prohibición de comunicación (que es discrecional), deberá imponer derivado de la sustitución concedida la obligación de no comunicar con la víctima. En este supuesto igualmente fijará el plazo de duración de la obligación, aunque parece aconsejable que tenga como máximo la duración de la pena de aproximación impuesta en sentencia; d) En todo caso, aunque no se fijen las obligaciones del art. 83.1 1ª y 2ª debe imponerse la obligación prevista en la regla 5ª relativa al sometimiento a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico.

IV. SUJECCIÓN OBLIGATORIA A PROGRAMAS ESPECÍFICOS DE REEDUCACIÓN Y TRATAMIENTO PSICOLÓGICO. CARACTERÍSTICAS Y LIMITACIONES. ESTRUCTURA INSTITUCIONAL PARA SU CUMPLIMIENTO.

En los delitos de violencia de género también se prevé en el artículo 88 Código Penal el seguimiento obligatorio por parte del penado de programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico.

Los programas de tratamiento y de reeducación se configuran como una obligación o deber y es por ello que la administración Penitenciaria asume la intervención mediante programas de tratamiento en los casos de sustitución de la pena de prisión por la de trabajos en beneficio de la comunidad con la imposición añadida de participar en programas de reeducación.

Una diferencia notable según la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias⁷ entre los penados con privación de libertad y los sometidos a una pena alternativa, es la

⁷ Página web del Ministerio del Interior www.interior.gob.es en la Sección dedicada a Instituciones Penitenciarias.

voluntariedad en la participación de los programas. Los internos normalmente no solicitan de motu proprio la participación en el tratamiento.

En el caso de las sustituciones de condena, la participación y el mantenimiento en el programa es obligada formando parte de la propia condena.

El programa “**Violencia de género: programa de intervención con agresores**”⁸ es el que se está utilizando en todo el territorio competencia de la Administración Penitenciaria.

Este programa es un programa psicoeducativo de corte cognitivo conductual que se dirige a los sujetos condenados a una medida de suspensión o sustitución de la pena condicionada a la realización de un programa de intervención específico en violencia de género.

El programa de tratamiento consiste en una intervención psicológica que generalmente adopta un formato grupal, con grupos cerrados. Los grupos se componen de doce participantes. El programa comprende un total de veinticinco sesiones grupales que se realizan una vez a la semana con una duración de dos horas.

La duración de la intervención será de nueve meses; seis meses de intervención y tres meses de seguimiento.

La intervención constará de las siguientes fases:

- 1ª) Evaluación pretratamiento: esta fase comprende una entrevista individual y la administración de diferentes pruebas psicológicas.
- 2ª) Desarrollo del programa: en dicha fase se aplica el programa de intervención psicoeducativo para agresores que desarrolla la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.
- 3ª) Seguimiento: esta fase tiene dos objetivos como son realizar un seguimiento de los cambios obtenidos durante la fase de intervención y evaluar los logros conseguidos tras el tratamiento.

⁸ Instituto Ciencias Forenses y de Seguridad de la Universidad Autónoma de Madrid. Los autores de este Programa son: Meritxell Pérez Ramírez, Andrea Giménez- Salinas Franis, Manuel de Juan Espinosa. Este Programa está publicado en la página web del Ministerio del Interior www.interior.gob.es en la Sección dedicada a Instituciones Penitenciarias.

A lo largo de las distintas sesiones se trabajan una serie de variables clínicas que el condenado debe conocer y aprender a manejar como la identificación y expresión de sus emociones, distorsiones cognitivas y creencias irracionales, asunción de responsabilidad y mecanismos de defensa, empatía con la víctima.

A lo largo de las diferentes sesiones se abordan las siguientes manifestaciones de violencia de género:

- Violencia física y control de la ira.
- Agresión sexual en la pareja.
- Violencia psicológica.
- Abuso e instrumentalización de los hijos.
- Prevención de recaídas.

En cuanto a las limitaciones de estos programas una de ellas es que las variables del propio individuo o de los hechos cometidos podrían afectar a la eficacia del programa, disminuyendo o aumentando el cambio terapéutico.

A partir del análisis se ha observado por parte de Instituciones Penitenciarias que un nivel de estudios suficiente, una situación laboral favorable, la ausencia de consumo de drogas y una menor gravedad en el delito de violencia de género cometido, parece que estaría relacionado con un incremento en la mejora de variables psicológicas como la impulsividad, control de la ira y empatía.

Otra limitación de los programas, es que no siempre se cuenta con el consentimiento del condenado a la hora de aplicarlos, y el tratamiento penitenciario es voluntario. Si el condenado no presta su consentimiento estaremos en presencia de una importante limitación ya que, el programa no se aplicara, y aun es más, ello no tendrá consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión de grado.

Una tercera limitación sería que muchos de estos programas no pueden ponerse en práctica debido al elevado coste económico que ello supone para el Estado, y más concretamente para la Administración Penitenciaria.

En cuanto a la estructura institucional: los programas de reeducación de agresores han de estar planificados y protocolizados, por ello debe evaluarse a los sujetos con el fin de abordar sus carencias.

El programa analizado y todos los demás aplicados a maltratadores se llevan a cabo en el marco institucional de los distintos centros penitenciarios existentes en España, en los cuales hay unos profesionales que ayudan a los condenados a dejar atrás esas actitudes de violencia hacia su pareja. Como ya hemos dicho anteriormente, ello requiere de una gran partida presupuestaria por parte de la Administración Penitenciaria, lo cual, no es fácil de conseguir; es por ello, que resulta necesaria la colaboración de todas las instituciones, con la finalidad de conseguir la reeducación de todos estos sujetos, y de frenar esta lacra social que está conduciendo a la muerte día tras día de miles de mujeres a manos de sus parejas sentimentales.⁹

V. LA REVOCACIÓN DEL BENEFICIO. PARTICULARIDADES.

En esta pregunta vamos a abordar el problema que se plantea en caso de incumplimiento de la pena sustitutiva, esto es, en caso de incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad o de la pena de localización permanente. En caso de incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad pese al tenor literal del artículo 49.6 CP, en su último inciso, existe cierto consenso doctrinal¹⁰ acerca de que el incumplimiento de la pena sustitutiva, no debe, sin embargo, dar lugar a la deducción de testimonio por la eventual comisión de un posible delito de quebrantamiento de condena. La mayor parte de los autores que se han ocupado de la cuestión consideran que el artículo 88.2 CP es un precepto especial y que, en consecuencia, el incumplimiento de la pena sustituida únicamente dará lugar a la aplicación de la “cláusula de retorno”, es decir, al efectivo cumplimiento de la pena de prisión inicialmente impuesta, sea en su totalidad, sea en la parte que todavía tiene pendiente. De este modo, se considera, que proceder, además a la eventual sanción por un delito de quebrantamiento de condena supondría una vulneración del principio *en bis in ídem*. En este sentido, Serrano Pascual y Poza Cisneros¹¹ entienden que pretender la existencia en estos casos de un delito de quebrantamiento de condena supondría dotar de una doble eficacia jurídica represiva a un mismo hecho, “uno para fundamentar la modificación del cumplimiento y otro para deducir testimonio, lo cual supone cuando menos una fricción con el principio *ne bis in ídem*”. También Mapelli Caffarena¹²

9 Página web del Ministerio del Interior www.interior.gob.es, sección dedicada a Instituciones Penitenciarias.

10 PUENTE SEGURA, L., Suspensión y sustitución de las penas, La Ley, Madrid, 2009, pp 338-340.

11 Cit. por PUENTE SEGURA, L., Suspensión y sustitución de las penas, 2009, página 338.

12 Cit. por PUENTE SEGURA, L., Suspensión y sustitución de las penas, 2009, página 338.

entiende que el incumplimiento de la pena sustitutiva no dará lugar, en ningún caso, a la eventual existencia de un delito de quebrantamiento de condena, siendo que, a su juicio, únicamente se producirá ante el incumplimiento de la pena efectivamente ejecutada, la recuperación de la pena desplazada (cláusula de retorno).

En consecuencia, incumplida la pena sustitutiva, cuando se trate de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, a pesar del tenor literal del artículo 49.6 CP, no deberá procederse a la deducción de testimonio por la posible comisión de un delito de quebrantamiento de condena, sino actuarse simplemente conforme a las previsiones establecidas en el artículo 88.2 del CP. Así, cuando el incumplimiento es inicial la pena sustituida se ejecutara en su totalidad; si el incumplimiento es parcial, se empleara la misma regla de conversión, pero en sentido inverso.

Observa Mapelli Caffarena¹³ que cuando como resultado de esta conversión Resten tiempos de pena de prisión por ejecutar que estén por debajo de los tres meses, estos tendrán que ser cumplidos, a pesar de las prevenciones contenidas en el artículo 71.2 del CP, por cuanto no tendría sentido proceder a una nueva sustitución, tras el incumplimiento de la primera pena sustitutiva.

Por el contrario, García Aran¹⁴ considera que cuando resulte incumplida la pena sustitutiva, y aun cuando el artículo 88.3 del CP establece como única consecuencia el regreso a la pena inicialmente impuesta con los abonos que correspondan, el hecho de que la ley no haga referencia expresa a la deducción de testimonio por quebrantamiento de condena no impide deducir tal testimonio si se dan las condiciones necesarias para ello. Así esta autora citada distingue entre aquellos supuestos en los cuales existe únicamente un incumplimiento que no expresa voluntad de sustraerse definitivamente al cumplimiento de la condena, de aquellos otros que se producen en circunstancias tales que permiten apreciar las características objetivas y subjetivas del delito de quebrantamiento de condena regulado en el artículo 468 del CP.

En caso de incumplimiento de la pena de localización permanente, el artículo 37 apartado 3 del CP, establece que el juez o tribunal sentenciador deducirá testimonio para proceder por un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del CP, planteándose los mismos problemas que hemos examinado antes respecto al incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad; ahora bien, el

13 Cit. por PUENTE SEGURA, L., Suspensión y sustitución de las penas, 2009, página 339.

14 Cit. por PUENTE SEGURA, L., Suspensión y sustitución de las penas, 2009, página 339.

mismo artículo 37 del CP en su apartado cuarto, establece que para garantizar el cumplimiento efectivo de esta pena, el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo.

Particularmente controvertida resulta la cuestión relativa a cuál ha de ser el efecto jurídico asociado al eventual incumplimiento de los deberes u obligaciones previstos en el artículo 83 del CP, que pudieran haberse establecido acompañando la sustitución. La aplicación de la que venimos denominando “cláusula de retorno” se reserva, exclusivamente, en el artículo 88.2 del CP, al Incumplimiento total o parcial, de la pena sustitutiva. Por esta razón, sostiene PUENTE SEGURA¹⁵ que el principio de legalidad impide el éxito de cualquier intento de asociar este mismo efecto al incumplimiento de los deberes u obligaciones del artículo 83 del CP.

Poza Cisneros¹⁶ opina que en caso de inobservancia de alguna de las obligaciones o deberes del artículo 83 del CP, no procederá la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 84.2 del CP “por cuanto solo la opción de sustitución de la regla de conducta impuesta por otra distinta conserva vigencia en relación con la sustitución. La prórroga del plazo carece de sentido puesto que en la sustitución no se fija plazo alguno y la revocación, entendida como retorno a la pena sustituida, no puede encajarse en lo previsto en el artículo 88.3 referido solo al quebrantamiento, en todo o en parte, de la pena sustitutiva”. Mapelli Caffarena¹⁷ entiende que de las tres opciones que se contemplan en el artículo 84.2, es “seguro que el órgano judicial puede aplicar la primera y proceder a su sustitución por otra”; no cabe, en cambio, ampliar los plazos de suspensión y es dudosa desde la óptica del principio de legalidad, la posibilidad de revocar el beneficio, ya que el artículo 84.2 c) menciona solo la revocación de la suspensión, no de la sustitución.

También García Aran considera que no parece posible otra conclusión que la ausencia de consecuencias sancionadoras para el incumplimiento de las obligaciones o deberes de conducta que pudieran haber resultado impuestos.

No es de la misma opinión Manzanares Samaniego¹⁸ que, por el contrario, entiende que, aunque nada indica el artículo 88 del CP acerca de las consecuencias de la inobservancia de los deberes o reglas de conducta que se hubieran impuesto, tras

15 PUENTE SEGURA, L., Suspensión y sustitución de las penas, 2009, página 340.

16 Cit. por PUENTE SEGURA, L., Suspensión y sustitución de las penas, 2009, página 341.

17 Cit. por PUENTE SEGURA, L., Suspensión y sustitución de las penas, 2009, página 341.

18 Cit. por PUENTE SEGURA, L., Suspensión y sustitución de las penas, 2009, pp 341-342.

reconocer que la laguna es grave, añade que si se admite aquella imposición conforme al artículo 83, resulta inevitable valorar su infracción siguiendo el ejemplo del artículo 84.2, bien para sustituir la regla de conducta por otra distinta, bien para revocar la sustitución si el incumplimiento fuera reiterado.

Igualmente, López Lorenzo considera que el incumplimiento reiterado de las reglas de conducta impuestas equivale al incumplimiento de la pena sustitutiva por aplicación analógica de lo establecido en el artículo 84 del CP y llevará consigo en consecuencia, el necesario cumplimiento de la pena de prisión. Y son de esta misma opinión, para el caso de incumplimientos reiterados de las reglas de conducta del artículo 83 del CP, por aplicación analógica del artículo 84 del CP Ceres Montes, Tena Aragón, Magro Servet y Solaz Solaz¹⁹.

* * * * *

19 Cit. por PUENTE SEGURA, L., Suspensión y sustitución de las penas, 2009, página 342.

Responsabilidad civil *ex delicto* de las personas jurídicas declaradas penalmente responsables

~Sra. Dña. Sacramento Ruiz Bosch~

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.
Socia de la FICP.

1. INTRODUCCIÓN: LA PERSONA JURÍDICA COMO SUJETO ACTIVO DEL DELITO.

Como principio general, la responsabilidad civil *ex delicto* supone la previa declaración de responsabilidad criminal.

Históricamente se ha entendido que una persona jurídica no puede ser responsable penalmente, en tanto no puede cometer delitos por sí misma, principio conocido con el brocardo latino “*societas delinquere non potest*”. El legislador español, con la reforma operada con la L.O. 10/2010, ha franqueado sin titubeos este principio, al establecer que la persona jurídica será directamente responsable, en los ámbitos penal y civil, de los hechos delictivos que se cometan por las personas que la integran, en beneficio y provecho de aquélla.

Respecto de las entidades colectivas susceptibles de ser declaradas penalmente responsables, se establece que únicamente podrán serlo las personas jurídicas, tratándose por tanto de una norma penal en blanco que deberá completarse con la correspondiente legislación extrapenal. Así pues, para obtener el concepto de persona jurídica, habremos de acudir a la legislación civil, mercantil y societaria, concretamente al art. 35 del Código Civil, al artículo 116 del Código de Comercio y el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 1/2010 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

El Código Penal de 1973 no contenía ningún precepto en su Parte General que contemplara la posibilidad de imponer sanciones a las personas jurídicas, si bien en su Parte Especial se contenían determinadas consecuencias como la disolución de la asociación o de la organización para supuestos de asociaciones ilícitas, de depósitos de armas o explosivos, o de tráfico organizado de drogas, entre otros.

La promulgación del Código Penal de 1995 da un paso más y en su artículo 129, bajo la rúbrica “consecuencias accesorias” establece que, en los casos expresamente previstos, el órgano judicial podrá imponer una serie de medidas sobre la persona

jurídica, como pueden ser su clausura, la de sus locales o establecimientos, su disolución o la supresión de sus actividades o la intervención.

La reforma operada por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, intenta ir más allá e introduce un segundo apartado en el artículo 31 del Código Penal, conforme al cual en los casos en que el delito haya sido cometido por el administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica y se imponga a aquél una pena de multa, de su pago responderá, directa y solidariamente, la persona jurídica en cuyo nombre actuó el representante de hecho o de derecho. El único responsable penal sigue siendo la persona física.

El reconocimiento expreso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se produce en nuestro ordenamiento jurídico con la L.O 5/2010 de 22 de junio, que deroga en número segundo del art. 31 del Código Penal de 1995 (en adelante CP) e introduce el art. 31 bis. Una de las novedades más importantes de esta reforma es la inclusión dentro de los sujetos de Derecho Penal a las personas jurídicas atribuyéndoles personalidad penal independiente a la responsabilidad de sus administradores o trabajadores que actúen en su nombre. La responsabilidad penal de la persona jurídica aparece regulada de manera autónoma respecto de la responsabilidad de la persona física que comete el delito.

La Ley 37/2011, de 10 de octubre, viene a introducir novedades en la Ley de Enjuiciamiento Criminal referentes a la posición de las personas jurídicas en el proceso penal, tendentes a garantizar su derecho a la defensa y que suponen una adaptación del procedimiento penal a la reforma introducida en el Código Penal por LO 5/2010.

La nueva regulación trae causa de los compromisos internacionales asumidos por España. En todos los Convenios internacionales o en las Directivas marco de la Unión Europea aparece como una cláusula de estilo la necesidad de prever sanciones contra las personas jurídicas ante ciertas infracciones. Dichas sanciones pueden ser penales o administrativas (no se impone imperativamente la vía penal).

El legislador ha establecido un doble sistema de responsabilidad penal de los entes colectivos: en el art. 31 bis CP y en el art. 129 CP. El art. 31 bis CP recoge la responsabilidad penal de las que estrictamente sean personas jurídicas, dejando subsistente el art. 129 CP para aquellas empresas, organizaciones, grupos o cualquier

otra clase de entidades o agrupaciones de personas que carezcan de personalidad jurídica.

El CP ha optado por establecer una suerte de primer filtro de imputabilidad consistente en el criterio de la personalidad jurídica (privada). Así pues, los nuevos sujetos activos del proceso penal, potenciales responsables de ilícitos penales son las personas jurídico privadas de Derecho civil y mercantil, constituyendo la ostentación de personalidad jurídica un requisito imprescindible en todo caso.

Para aquellos otros entes colectivos que carezcan de personalidad jurídica, la Ley prevé un régimen distinto, de aplicación potestativa, en el artículo 129 CP, que en la nueva redacción operada por la L.O. 5/2010 de 22 de junio, contiene unos criterios de imputación notablemente más laxos que el anterior, haciendo referencia únicamente a que se impondrán las sanciones correspondientes a dicho precepto «motivadamente». Por tanto, empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que carezcan de personalidad jurídica quedan excluidas del ámbito de aplicación del art. 31 bis CP.

Los sujetos imputables del art. 31 bis CP son personas jurídicas en el sentido de lo dispuesto en el art. 35 Código Civil, mientras que la responsabilidad ex art. 129 CP será aplicable, por ejemplo, a los grupos de empresas, sociedades civiles, agrupaciones de interés económico, y uniones temporales de empresas (UTE), entre otras.

La responsabilidad criminal de las personas jurídicas que dibuja la nueva regulación se configura como acumulativa o dual, vicaria, directa, objetiva y viene sujeta a limitaciones establecidas por la ley:

A. Es acumulativa o dual en la medida en que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas que actúen en su seno, ni a la inversa. Responde tanto la persona física como la jurídica.

Como se ha señalado, constatada la comisión del hecho delictivo, la responsabilidad penal de la persona jurídica no se excluye, aunque la persona física concreta no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir la acción penal contra ella. Tampoco se exime la responsabilidad de la persona jurídica aunque la persona física que cometió el hecho hubiese fallecido o se hubiese sustraído a la acción de la justicia (art. 31 bis 3 CP).

- B. Es vicarial, porque sólo depende de la existencia de un delito cometido por ciertas personas físicas. No cabe un delito cometido exclusivamente por una persona jurídica.

El informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de 2008 de modificación del Código Penal, puso de manifiesto que no se puede entender que se establezca un sistema de responsabilidad directa de la persona jurídica, sino más bien “un (peculiar) sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas por los hechos de otro, es decir de responsabilidad vicaria”. Lo que se confirma cuando se analizan los dos supuestos en los que la persona jurídica puede resultar penalmente responsable:

- en primer lugar, las actuaciones delictivas de los órganos y representantes de las personas jurídicas por cuenta y en provecho de éstas, pueden generar responsabilidad penal para la persona jurídica. Sólo cuando la persona jurídica no cuente con medidas eficaces para prevenir los delitos cometidos por sus administradores o representantes legales le podrá ser exigida responsabilidad penal. (art. 31 bis 1.1.º CP). Un importante sector de la doctrina entiende que la persona jurídica es penalmente responsable por su propia conducta si el delito se ha debido a un fallo organizativo o a la omisión del control debido, como una falta de cuidado en la prevención que será la conducta imputable a la persona jurídica.
- y en segundo lugar, las conductas delictivas de los empleados, unidas a un fallo o defecto de supervisión por parte de dichos representantes legales, pueden, asimismo, desencadenar dicha responsabilidad penal. Si se han adoptado las medidas de control exigibles no cabe atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica (art. 31 bis 1.2.º CP). Lo que el legislador está sancionando con la expresa mención en art. 31 bis CP de que la responsabilidad por la actuación delictiva se justifica “*por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso*” es el descontrol interno en la empresa que permite actuaciones delictivas en su seno, haciéndola responsable a ella por no haber controlado la evitación de la evitación de estas actuaciones. Debe basarse en una evaluación del riesgo de comisión de delitos real y un plan de prevención eficaz, del que se responsabilice un órgano con autonomía y la suficiente

autoridad, al que cualquier directivo o empleado pueda dirigirse para poder comunicar instrucciones que reciba o prácticas que conozca que considere indebidas, que le infundan sospechas o sobre las que tenga dudas. El sistema para que sea útil debe apoyarse en la actuación permanente y en la formación continua de los gestores y del personal, siendo conveniente que su diseño y funcionamiento se someta a una auditoría externa por un experto auditor financiero que resuelva las cuentas y los problemas jurídicos.

- C. Es directa, por cuanto la responsabilidad es exigible a las personas jurídicas siempre que se constate la comisión de un delito por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el art. 31 bis, 1 CP, aún cuando, como anteriormente se ha expuesto, la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que excluyan su culpabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá la responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis, 3 CP).
- D. Es objetiva, la literalidad del art. 31 bis del CP no deja lugar a dudas en tanto establece, como único requisito para que la persona jurídica resulte responsable, que el hecho delictivo se haya cometido “en su nombre o por cuenta” de aquélla o “en su provecho”. El establecimiento de un verdadero régimen de responsabilidad objetiva se confirma para los supuestos, previstos en el nuevo el nuevo art. 130.2 CP, de transformación, fusión, absorción o escisión de *“una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.*

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.” El

precepto prevé el traslado de la responsabilidad de una entidad colectiva a otra resultante de las referidas operaciones, no exigiéndose que los integrantes de la nueva entidad conociesen o, al menos, pudiesen haber conocido, las actuaciones delictivas llevadas a cabo en el seno de la entidad primitiva, lo que viene a corroborar que el legislador se ha decantado por un régimen de pura responsabilidad penal objetiva de las personas jurídicas.

La mayoría de los autores entienden que el provecho exclusivo propio de la persona física excluye la responsabilidad de la persona jurídica. Así, el empleado desleal no generaría responsabilidad de la persona jurídica. En todo caso, al exigirse el «provecho propio de la empresa» se deberá acreditar en qué ha consistido ese provecho propio del acto objeto de acusación.

E. Por último, la responsabilidad penal de las personas jurídicas viene sujeta a limitaciones establecidas por la ley:

- Sólo será aplicable a los delitos de la parte especial donde se prevea de forma expresa. La responsabilidad penal se circunscribe a una serie de delitos a los que se remite el art. 31 bis CP (“*En los supuestos previstos en este Código...*”), que constituye un “*numerus clausus*” de supuestos, no ampliable a otros delitos. Estos delitos son: Trata de seres humanos (art. 177 bis 7); delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis); descubrimiento y revelación de secretos (art. 197.8); estafa (art. 251 bis); insolvencias punibles (art. 261 bis); daños informáticos (art. 264.4); delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (art. 288.2); blanqueo de capitales (art. 302.2); delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis); delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 4.3); delitos contra la ordenación del territorio (art. 319.4); delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 327 y 328.6); exposición a radiaciones ionizantes (art. 343.3); delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes (art. 348.3); delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (art. 369 bis 3); falsificación de tarjetas de crédito y cheques de viaje (art. 399 bis 1.3); cohecho (art. 427.2); tráfico de influencias (art. 430.3); corrupción de funcionario público extranjero (art. 445.2) y financiación del terrorismo (art. 576 bis 3).

- No podrá hacerse responder a un conjunto de personas jurídicas que, de no ser por la cláusula de exclusión del artículo 31 bis, 5 CP, podrían haber estado sujetas a responsabilidad penal. El Estado, las Administraciones públicas territoriales e institucionales, organismos reguladores, agencias y entidades públicas empresariales, partidos políticos y sindicatos, organizaciones internacionales de derecho público y, en general, las que ejerzan potestades públicas de soberanía así como las sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

2. ESPECIALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO* DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

A pesar de que las normas sobre responsabilidad civil *ex delicto* se ubican en el Código Penal, y a pesar del tenor literal del artículo 1.092 del Código Civil. (“*Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal.*”), éstas, según la doctrina mayoritaria, tienen naturaleza civil.

El art. 109 CP obliga a la reparación de daños y perjuicios causados por el delito, y permite al perjudicado optar por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil. En el mismo sentido, el art. 116.1 CP señala que todos los criminalmente responsables lo serán también civilmente si del hecho se hubieren derivado daños o perjuicios. Si son varios, los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de la que deba responder cada uno. Y el art. 100 LECrim. establece que “*De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible*”.

Junto con la responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica, la reforma operada por la L.O. 5/2010 establece su responsabilidad civil por el hecho delictivo.

Hasta la reforma penal de 2010, el administrador de una sociedad así como los miembros de un órgano colegiado de administración respondían, en exclusiva, penalmente por los hechos cometidos a título individual y como consecuencia del ejercicio del cargo que desempeñan. La persona jurídica, incapaz de culpabilidad, quedaba en un discreto segundo plano como responsable civil subsidiaria.

La Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado “Relativa a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas Conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica Numero 5/2010”, argumenta que junto con la responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica, la reforma establece su responsabilidad civil por el hecho delictivo, solidaria con la de la persona física autora conforme a las previsiones del artículo 116.3 CP, que dispone que *“La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueran condenadas por los mismos hechos.”*

El precepto hace una remisión expresa al artículo 110 del mismo Cuerpo legal. Las tres formas que según el artículo 110 del Código Penal puede revestir la responsabilidad civil derivada del delito son: la restitución, la reparación y la indemnización:

- a) Restitución: Significa devolver la misma cosa al estado en que se encontraba antes de la comisión del delito.

No se trata de reponer las cosas a la situación anterior a la comisión del delito, sino de hacerlo precisamente de forma que éste quede asegurado. La restitución con abono de deterioros o menoscabos tiene carácter preferencial en relación con las demás modalidades. Sólo cuando no fuere posible por deterioro irreversible o pérdida, será pertinente la reparación. Así, a tenor del artículo 111.1 CP, la restitución procederá aún cuando la cosa se hallare en poder de un tercero que la haya adquirido legalmente y de buena fe, quedando a salvo su derecho a repetir y, en su caso, a ser indemnizado por el responsable de la infracción criminal. Añade el párrafo siguiente que, esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos en las leyes para hacerla irreivindicable.

Si la cosa ha sufrido daños, procederá acompañar la restitución con la reparación del menoscabo o deterioro, aun del ocasionado por fuerza mayor (art. 433 y 357 CC).

- b) Reparación del daño: La reparación consiste en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, que el Juez o Tribunal establecerá, atendiendo a la naturaleza del daño y

a las condiciones personales y patrimoniales del civilmente responsable. También determinará el Tribunal si las obligaciones han de ser cumplidas personalmente por el obligado o si pueden ser ejecutadas a su costa.

- c) Indemnización de perjuicios: La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieran causado al agraviado, sino también los que su hubieren irrogado por razón del delito a su familia o a un tercero (art. 113 CP). Ni en el ámbito del Derecho privado ni en el penal ha sido posible fijar las diferencias sustanciales entre reparación de daños e indemnización de perjuicios. No obstante, el criterio diferenciador más aceptado es el que entiende que la reparación va referida a las cosas y la indemnización a las personas.

La determinación de la cuantía a la que ha de ascender la indemnización, es facultad del Tribunal, pero se requiere la fundamentación de las bases sobre las que la ha determinado (art. 115 CP).

En principio no parecen apreciarse diferencias prácticas en las formas de resarcimiento más allá de las derivadas de la naturaleza y características propias del sujeto obligado.

Ahora bien, la doctrina ha destacado que las personas jurídicas, especialmente las grandes empresas, estarán normalmente en buenas condiciones de afrontar económicamente los perjuicios ocasionados por los ilícitos penales. La atenuante prevista en el artículo 31 bis. 4. c) (*Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito*), que encuentra su equivalencia en la atenuante «clásica» dispuesta en el artículo 21.5ª CP para las personas físicas, se ha establecido por el legislador en atención a que, normalmente o con mayor probabilidad, las personas jurídicas poseerán un patrimonio suficiente como para hacer frente a la reparación o paliación de los daños causados por el delito.

La responsabilidad civil ex delicto de las personas jurídicas que dimana 116.3 CP se caracteriza por ser directa y solidaria:

1. Es directa y no simple complemento o solución subsidiaria a la fijada para las personas físicas responsables.

Esta responsabilidad civil directa de la persona jurídica derivada de su responsabilidad penal nacerá aunque las personas físicas responsables hubieran

fallecido al tiempo de la condena o se hubieren sustraído a la acción de la justicia según el artículo 31.bis.3 C.P.

Al tratarse de una responsabilidad civil directa, que dimana de la responsabilidad penal recogida en el artículo 31.bis CP, surge el interrogante de cómo afecta a esta responsabilidad civil la concurrencia en el sujeto físico, de causas modificativas de la responsabilidad. Determina el artículo 31.bis, 3 CP, que no excluyen ni modifican la responsabilidad penal de las personas jurídicas las circunstancias que afecten a la culpabilidad de las personas físicas o agraven su responsabilidad. Queda claro pues, que no pueden transferirse a la persona jurídica las circunstancias agravantes pertenecientes a la persona física.

La única referencia concreta a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se halla en el apartado 4 del artículo 31.bis CP, el cual contempla diversas circunstancias atenuantes de la responsabilidad, como un *numerus clausus* cuando dice que “*Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...*”, sin rastro alguno de eximentes o circunstancias agravantes.

Parece que el vigente artículo 31.bis.3 CP al referirse a circunstancias que afecten a la «culpabilidad» quiere decir que si en el autor material concurre una eximente que justifique el hecho no debe deducirse responsabilidad penal para la persona jurídica.

Puede extraerse la conclusión de que el Código Penal recoge una suerte de «eximentes indirectas», de modo que si concurren determinadas eximentes que no afectan a la culpabilidad en la persona física actuante, éstas también podrán transferirse a la persona jurídica y en consecuencia ninguna de las personas responderá penalmente.

MORALES PRATS manifestó en relación con el anteproyecto de reforma del Código Penal de 14 de noviembre de 2008 que «no parece explicable que el hecho típico, perpetrado por persona física, declarado además justificado [...] acabe siendo en cambio antijurídico [y por tanto generador de responsabilidad] al ser proyectado al plano de la responsabilidad de la persona jurídica».

Las eximentes que no afectan a la culpabilidad son aquéllas en las que no es posible exigir responsabilidad debido a la ausencia de antijuridicidad, son las causas de justificación, concretamente la legítima defensa (artículo 20.4º CP), el estado de necesidad (artículo 20.4º CP) y cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho,

artículo 20.7º) y para Luzón Peña también el error invencible de tipo, pues aunque el apartado segundo del art. 118 del CP, establezca que en el caso del artículo 14 del CP, serán responsables civiles los “autores del hecho”, en entiende que la locución “autores del hecho” ha de interpretarse como “autores de la infracción”, es decir, de conducta antijurídica, y en consecuencia, se debe excluir de tal imposición de responsabilidad civil el error de tipo objetivamente invencible, en el que Luzón Peña aprecia la existencia de un caso fortuito en el que no hay desvalor de la acción, ni por tanto injusto.

Por ello, no será responsable civil la persona jurídica cuando concurra en la comisión del delito por parte de la persona física, una causa de justificación.

Así mismo el provecho propio exclusivo de la persona física excluye la responsabilidad penal y civil de la persona jurídica, pues el CP exige el provecho de la persona jurídica.

2. Es solidaria con la responsabilidad civil de la persona física autora.

En los supuestos de varios partícipes en el delito, el artículo 116.2 del Código Penal establece un sistema mixto de solidaridad y subsidiariedad, estableciendo que autores y cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus respectivas cuotas y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables.

Para garantizar y facilitar la satisfacción de las obligaciones civiles se dispone una responsabilidad solidaria que permite al acreedor dirigirse contra cualquiera de los deudores o contra todos ellos simultáneamente exigiendo el pago íntegro de la obligación. La obligación solidaria existe aun cuando los delincuentes sean juzgados por el mismo delito en distintos procesos.

Así mismo dispone el precepto que cuando uno de los responsables no pudiera satisfacer sus obligaciones se harán efectivas éstas, en primer lugar, en los bienes de los autores, y después en los de los cómplices.

Queda siempre a salvo el derecho de quien se hizo cargo de las obligaciones ajenas de repetir contra los demás exigiéndoles las cuotas correspondientes.

No aclara el CP como habrá de hacerse la asignación de cuotas. La jurisprudencia civil recurre de manera especialmente destacada a imponer responsabilidad solidaria

(solidaridad impropia) precisamente cuando no cabe establecer con cierta fiabilidad el grado de responsabilidad atribuible a cada codemandado en el resultado dañoso.

La trascendencia de la fijación de cuotas se ve reducida, sin embargo, por la introducción de la solidaridad que realiza el art. 116.2, 1er párrafo CP. A pesar de la atribución de cuotas separadas, dentro de cada categoría (esto es, dentro del grupo de los autores, de un lado, y dentro del grupo de los partícipes, de otro) la responsabilidad es solidaria, en el sentido de los arts. 1140 y ss. CC, esto es, cada uno de los miembros de la categoría es responsable frente al titular de la pretensión de responsabilidad de la totalidad del importe de la cuota de responsabilidad de la entera categoría.

Adicionalmente, todos ellos son responsables subsidiariamente de las cuotas no cubiertas o satisfechas de cualquiera de los restantes corresponsables, cualquiera que fuese su categoría, si no hubiera estado ya pagada por los corresponsables solidarios de quien no hace frente a su cuota individual. Esto deja el art. 116.2. 2º párrafo CP (la responsabilidad subsidiaria se hará efectiva primero sobre los autores y después en los cómplices) como una regla relativa a la relación interna entre los corresponsables, igual que la del art. 116.2. 3er párrafo CP (acciones de regreso o repetición entre corresponsables).

A la luz de la nueva regulación, cabe preguntarse cómo se articula la responsabilidad civil directa y solidaria derivada de la responsabilidad penal que nace de las previsiones del artículo 116.3 CP en relación con el artículo 31 bis CP, y que acabamos de analizar, con la responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica por los hechos realizados por las personas físicas que actúan en su seno, bien como empleados o como administradores, pues según el artículo 120.4 CP, responden subsidiariamente “las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios”.

El fundamento de esta responsabilidad tradicionalmente se ha fundado en la culpa *in eligendo* o *in vigilando*. La doctrina actual entiende que esta responsabilidad civil subsidiaria se basa en la teoría del riesgo-beneficio, que significa que quien ejercita una actividad peligrosa y obtiene un beneficio o utilidad de una persona que le presta sus servicios, debe asumir también la responsabilidad de los eventuales perjuicios que le cause la ejecución de aquellos. La responsabilidad del empresario es por tanto objetiva.

La responsabilidad civil subsidiaria del empresario (incluyendo los supuestos en que el mismo sea una persona jurídica) requiere:

- a. Relación de dependencia entre el principalmente obligado y el responsable subsidiario. No se exige que la actuación del dependiente redunde en beneficio del principal.
- b. Que el empleado haya cometido el delito que causó daños indemnizables en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

De manera que, nacerá la responsabilidad civil subsidiaria y objetiva de la persona jurídica ex artículo 120 CP cuando no concurra el requisito subjetivo, es decir, cuando no se haya realizado el hecho delictivo en su provecho, término que excede del simple beneficio.

Siguiendo las consideraciones de la referida Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, y las de la doctrina mayoritaria, la responsabilidad civil subsidiaria de las personas jurídicas a que se refiere el artículo 120 del Código Penal resultará de aplicación en los siguientes supuestos:

- En los supuestos no contemplados en el artículo 31 bis CP, es decir, cuando no concurren los requisitos en él recogidos (que han sido expuestos en la primera parte de este trabajo) y por tanto, no llegue a nacer la responsabilidad civil directa recogida en el artículo 116.3 CP.
- y/o cuando sea de aplicación el artículo 31.1 CP (*“El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”*).
- y para aquellas conductas que a pesar de tener encaje en el artículo 31 bis, su comisión por la persona jurídica no se encuentra prevista en el catálogo *numerus clausus* de la Parte Especial (como ocurre con los delitos socioeconómicos de los arts. 290 a 297 CP, o los delitos contra los derechos de los trabajadores de los arts. 311 a 318 CP, que son dos casos típicos en los que más casos pueden darse en teoría en el seno de las empresas,

resultando curioso que se haya excluido en su aplicación de los delitos base en donde podría tener su máxima expresión como los socioeconómicos).

En conclusión, es compatible que en el mismo procedimiento se declare la responsabilidad civil directa de la persona jurídica consecuencia de la aplicación del artículo 31 bis y 116.3, ambos del Código Penal, con su declaración como responsable civil subsidiaria derivada de la aplicación del artículo 31 del Código Penal al gestor de hecho o de derecho y del artículo 120 del mismo texto legal, pues el artículo 116.3 del Código Penal establece una responsabilidad para la restitución, reparación o indemnización que se superpone a la responsabilidad subsidiaria que corresponda conforme al art. 120 CP o a la directa del art. 122 CP (responsabilidad civil del partícipe a título lucrativo de los efectos de un delito o falta limitada hasta la cuantía de su participación). La responsabilidad civil directa de una persona jurídica es compatible con su responsabilidad subsidiaria de conformidad con el art. 120 CP, cuando el delito o falta haya sido cometido por un dependiente o agente y concurren los supuestos de hecho de los números 2 a 5 del art. 120 CP, ya que no existen razones para pensar que estas responsabilidades son mutuamente excluyentes, por lo que ambas pretensiones son ejercitables en el mismo procedimiento, si bien, lógicamente, si prospera la pretensión de responsabilidad civil directa decaerá la de responsabilidad civil subsidiaria.

BIBLIOGRAFÍA

APARICIO DÍAZ, Luis: El tratamiento procesal-penal de la persona jurídica tras la reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal. Diario La Ley, N.º 7759. 2011.

BACIGALUPO, ENRIQUE: RESPONSABILIDAD PENAL Y ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y PROGRAMAS DE <<COMPLIANCE>> (A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE REFORMAS DEL CÓDIGO PENAL DE 2009). DIARIO LA LEY. N.º 7472. 2010.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan: La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos procesales. Diario La Ley. N.º 7625. 2011.

CARDONA TORRES, Juan: La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Diario La Ley. N.º 7699. 2011.

CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo: Aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Diario La Ley. N.º 7786. 2012.

DE LA FUENTE HONRUBIA, Fernando: Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal (medidas aplicables a personas jurídicas y empresas colectivas e individuales). Valladolid. Lex Nova. 2004.

DE LA FUENTE HONRUBIA, Fernando: La responsabilidad civil derivada de delito. Especial consideración las personas jurídicas y entes colectivos. AFDUA. 2003.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, nº 1 del Código Penal. Cuadernos de Política Criminal. N.º 103. 2011.

DOLZ LAGO, Manuel-Jesús: Sobre el estatuto penal de la persona jurídica como sujeto responsable. A propósito de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011. Diario La Ley. N.º 7665. 2011.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos. Diario La Ley, N.º 7796. 2012.

ECHARRI CASI, Fermín Javier: Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales. Diario La Ley. N.º 7632. 2011.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos: El nuevo art. 31.2 del Código Penal: cuestiones de *lege data* y de *lege ferenda*.. Diario La Ley. N.º 6548. 2006.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos: La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal. Diario La Ley. N.º 7534. 2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos: Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weezel. Política Criminal. Vol. 5, N.º. 10. 2010.

GÓMEZ TOMILLO, MANUEL: IMPUTACIÓN OBJETIVA Y CULPABILIDAD EN EL DERECHO PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AL SISTEMA ESPAÑOL. REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN. N.º 25. 2011.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS Y JUANES PECES, ÁNGEL, LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y SU ENJUICIAMIENTO EN LA REFORMA DE 2010. DIARIO LA LEY. N.º 7501. 2010.

HERNÁNDEZ GARCÍA, JAVIER: PROBLEMAS ALREDEDOR DEL ESTATUTO PROCESAL DE LAS

PERSONAS JURÍDICAS PENALMENTE RESPONSABLES. DIARIO LA LEY. N.º 7427. 2010.

LÓPEZ WONG, ROSARIO SUSANA: ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS: ¿SANCIÓN PENAL O MEDIDA ADMINISTRATIVA?. URBE ET IUS, REVISTA DE ANÁLISIS JURÍDICO. N.º 6. 2005.

MAGRO SERVET, Vicente: Hacia la necesidad de implantación del plan de prevención jurídica en las empresas (*Una exigencia legal tras la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal*). Diario La Ley. N.º 7633. 2011.

MARTÍNEZ PARDO, Vicente José: La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista Internauta de Práctica Jurídica. N.º 26. 2011.

MORALES PRATS, Fermín, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: perspectivas de reforma en el Derecho penal español», en Álvarez García, Francisco Javier (dir.), La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea. Valencia. Tirant lo Blanch. 2009.

NEIRA PENA, Ana: Primer auto de procesamiento contra personas jurídicas. Comentario del Auto de 11 de octubre de 2011 del Juzgado Central de Instrucción 6 de la AN. Diario La Ley. N.º 7768. 2012.

ROBLES PLANAS, Ricardo: Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP (1). Diario La Ley. N.º 7705. 2011.

RODRÍGUEZ MORULLO, Gonzalo: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema. Revista Abogados. N.º 39. 2010.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: ¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención). Diario La Ley, N.º 7561. 2011.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: La Culpabilidad en los delitos cometidos por la persona jurídica. El «delito de sospecha blindado» y la responsabilidad objetiva «impura» en la Circular 1/2010 de la FGE. Diario La Ley, N.º 7694. 2011.

SÁNCHEZ REYERO, David G.: Estudio sobre la responsabilidad jurídica, el doloso dependiente y el *corporate compliance*. Diario La Ley. N.º 7653. 2011.

* * * * *

El delito de trata de seres humanos

~Sra. Dña. María Teresa Pedrós Torrecilla~

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.
Socia de la FICP.

I. INTRODUCCIÓN

Con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, se introdujo el delito de trata de seres humanos en el Código Penal. Según su Exposición de Motivos “El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos”. La distinción de estos tipos penales ya se ponía de manifiesto en los últimos Convenios suscritos por España en el ámbito de las Naciones Unidas¹, y también en las normas emanadas de la Unión Europea² y en las del Consejo de Europa³.

Entre las diferencias existentes entre ambos tipos penales tenemos: el consentimiento, que está presente en el tráfico de extranjeros, sin que concurra en la trata de seres humanos; la explotación, que se exige en la trata de seres humanos, mientras que en la inmigración clandestina, la actuación del traficante termina con la llegada del extranjero a su lugar de destino; y la transnacionalidad, que forma parte del tráfico ilícito o inmigración clandestina, pudiendo no estarlo en el delito de trata de seres humanos.

Hasta la citada reforma, el Código Penal no contenía ninguna referencia del delito de trata de seres humanos, pues la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, había derogado la única modalidad específica de trata de seres humanos que se incluía dentro de los delitos relativos a la prostitución, y que había sido introducido por la Ley

¹ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.

² Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. Decisión Marco del consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a las estancias irregulares. Directiva del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a las estancias irregulares.

³ Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

11/1999, de 30 de abril, en su artículo 188.2⁴. Únicamente el apartado segundo del artículo 318 bis⁵, modificado por la mencionada Ley Orgánica 11/2003, se ocupaba parcialmente de esta modalidad delictiva, junto con el ahora suprimido apartado primero del artículo 313 del Código Penal. Así, el tipo básico previsto en el artículo 318 bis partía de la existencia de una infracción de la normativa administrativa relativa a la entrada, permanencia y estancia de extranjeros en territorio nacional, exigiendo cualquiera de los subtipo agravados previstos esta misma exigencia, lo que suponía que la trata de seres humanos con fines de explotación sexual no se castigara si no concurría un supuesto de inmigración fraudulenta con fines de explotación sexual. El mencionado artículo 318 bis tampoco tenía referencia alguna a la vulneración de derechos fundamentales de las víctimas, sin olvidar los importantes vacíos legales con que contaba, al hacer depender la punibilidad de determinadas conductas al cruce de fronteras, excluyendo de su protección a los ciudadanos españoles y a los de la Unión Europea, que libremente pueden circular por los diferentes países de la Unión⁶.

A partir de Ley Orgánica 5/2010 el delito de trata de seres humanos está previsto en el artículo 177 bis, y da lugar al Título VII bis del Libro II del Código Penal, que lleva la misma rúbrica. Además se modifica el artículo 318 bis, que ve suprimido su apartado segundo, así como el apartado primero del artículo 313. Su ubicación tras el Título VI “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral” es acertada, teniendo en cuenta la prelación de los bienes jurídicos protegidos en los sucesivos Títulos del Libro II.

Con la nueva regulación, se pretende atender al creciente fenómeno de la emigración atendiendo a los bienes jurídicos afectados: la inmigración ilegal de ciudadanos extranjeros, a través del tipo previsto en el artículo 318 bis, la inmigración de trabajadores extranjeros en el artículo 313 y la trata de seres humanos en el nuevo artículo 177 bis.

Pese a no contar con una definición del delito de trata de seres humanos, sí aparecen recogidos, en el apartado primero del artículo 177 bis, los elementos del tipo

⁴ “Será castigado con las mismas penas el que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.”

⁵ “Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a 10 años de prisión”.

⁶ SSTs de 29 de mayo de 2007, de 26 de junio de 2007, de 3 de diciembre de 2007, de 5 de febrero de 2008, de 3 de julio de 2008.

básico: la acción, los medios empleados y la finalidad de explotación. Así el tipo exige: 1.- la captación, el traslado, o la recepción de personas; 2.- la utilización de medios violentos, intimidatorios, engañosos o abusivos⁷; 3.- para la consecución de determinados fines de explotación.

No debemos olvidar, tal y como pone de manifiesto el Consejo Fiscal en su informe sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 11/1995, que la trata de personas en sus distintas modalidades, es una manifestación de la criminalidad más grave, teniendo en cuenta que se “cosifica” al ser humano, afectando a su libertad e integridad, provocándole graves efectos psicológicos efectos. Además su ejecución siempre va acompañada de actividades delictivas conexas, que van en contra del individuo y de los intereses generales del Estado, y al ser llevadas a cabo por organizaciones criminales transnacionales, resulta muy difícil su persecución y castigo, habiéndose convertido en uno de los negocios criminales más lucrativos, afectando a un gran número de personas en todo el mundo.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

De nuevo acudiendo a la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, “... el artículo 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren”. Además debe tenerse en cuenta, que el tipo persigue unos fines, lo que conlleva la puesta en peligro de otros bienes jurídicos, esto es, los derechos de los trabajadores, la libertad sexual, la integridad y la salud física, y la integridad moral, a través de los cuales se manifiesta su objetivo explotador.

En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 10 de mayo de 2012, se recoge por primera vez las diferencias existentes entre el delito de trata de seres humanos y el delito de inmigración ilegal, antes de la Ley Orgánica 5/2010, el bien jurídico protegido del artículo 318 bis, estaba integrado por el interés social de controlar los flujos migratorios y también la libertad, la seguridad y la dignidad de los inmigrantes trasladados a España (SSTS de 19-5-2006, 28-2-2007, 19-9-2007, 29-9-2007), matizando todavía más la sentencia de 11 de diciembre de 2009 cuando afirmaba, que el bien jurídico no lo constituyen sin más los flujos migratorios, atendiendo especialmente

⁷ Según el tercero de los apartados del artículo 177 bis, dicho elemento no es necesario cuando la víctima sea un menor de edad. Además el empleo de tales medios hace irrelevante el consentimiento que hubiera podido prestar la víctima.

al cuidado y respeto de los derechos de los extranjeros y a su dignidad en tanto seres humanos, con el fin de evitar a través de tal delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral.

Por otra parte, la STS de 2 de noviembre de 2006 precisaba que cuando se trataba de los derechos propios de las personas derivados de su condición humana era de aplicación el artículo 318 bis, mientras que cuando los derechos afectados eran solamente los propios y característicos del trabajador, es decir, derechos relacionados con su esfera laboral, procedía la aplicación del artículo 313, sin que se vieran afectados otros derechos que le correspondían como personas. Por tanto la inmigración clandestina o el tráfico ilegal de personas en condiciones que produjeran la privación o cuando se dificultaba seriamente del ejercicio de sus derechos fundamentales, ya fuera durante el traslado o en el lugar de destino, llevaba consigo la aplicación del artículo 318 bis.1.

A pesar de la modificación llevada a cabo con la referida Ley Orgánica 5/2010, según la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2012, el solapamiento parcial del artículo 117 bis, 313 y 318 bis puede producirse, ya que en todos ellos resultan afectados, si bien en diferente grado, la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos del delito. Así, cuando el ataque a estos bienes es severo, hasta llegar a los límites de la explotación estaremos ante el delito de trata; cuando las víctimas de un flujo migratorio sufren un ataque de menor intensidad, se aplicará el delito previsto en el artículo 318 bis, teniendo en cuenta que este tipo se centra más en la defensa de los intereses del Estado, en el control de flujos migratorios, tal y como reconoce también la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2012, así como que el artículo 318 bis sigue refiriéndose literalmente al tráfico ilegal de personas y no solo a la inmigración clandestina; y cuando la emigración afecte a los derechos del individuo como trabajador y no como persona, reconociendo la dificultad que conlleva el deslinde de tales derechos, será aplicable el tipo previsto en el artículo 313.

III. SUJETO PASIVO

Con el delito de trata de seres humanos, se protege a la persona⁸, cualquiera que sea su nacionalidad, ya sea español o perteneciente a alguno de los estados de la Unión

⁸ Según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010: “Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales...”

Europea, o ya sea extranjero, al que le resulte de aplicación la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. Esta misma protección dispensa a las “personas”, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011. Además, la víctima de este tipo coincide con el objeto material de la conducta típica.

IV. CONDUCTA TÍPICA

Como se ha adelantado al referir los elementos del tipo básico, la conducta típica del delito de trata de seres humanos consiste en la captación, traslado, o recepción de personas, conductas en las que tienen cabida cada uno de los verbos que de forma alternativa se incluyen en el tipo⁹, y ello con la finalidad de llevar a cabo su explotación laboral, sexual o para la extracción de sus órganos corporales, siendo preciso el empleo de medios violentos, intimidatorios, engañosos o abusivos con los que doblegar o anular la voluntad de la víctima. Vemos por tanto, que lo que pretende el nuevo tipo, es recoger conductas que se dirigen a la explotación de seres humanos.

Para la captación, traslado o recepción del sujeto pasivo, se han de utilizar procedimientos violentos¹⁰, intimidatorios¹¹, engañosos o abusivos, consiguiendo de esta manera doblegar o anular su voluntad. El más frecuente de estos medios es el engaño, acudiéndose más a la violencia o intimidación, para conseguir su posterior explotación. Los medios abusivos, suponen el aprovechamiento de una posición de dominio sobre el sujeto pasivo, derivada de una situación de desigualdad, necesidad objetiva o fragilidad personal, creada o utilizada por el sujeto activo, que facilita la comisión de la conducta típica, al encontrarse la víctima más fácilmente expuesta a las posteriores conductas de explotación. Este abuso ha de llevar a la víctima a considerar que no tiene otra alternativa, excepto someterse a ese abuso. Así pues, el empleo de alguno de estos medios conlleva el sometimiento y control de la persona sobre la que recae, invalidando su consentimiento, tal y como prevé el apartado 3 del artículo 177 bis.

Las finalidades exigidas por el artículo 177 bis, son las de someter a la víctima a trabajos forzados, esclavitud o prácticas similares, o la explotación sexual, o la extracción de sus órganos corporales, sin que la posterior fase de explotación de la víctima sea precisa para su consumación. En el caso de producirse una efectiva

⁹ Captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar.

¹⁰ Incluyendo cualquier uso de fuerza, la coacción e incluso el rapto.

¹¹ Comprende también la amenaza.

explotación sexual estaremos ante un concurso de real de delitos, ya sea con la prostitución coactiva prevista en el artículo 188 del CP o también con el delito de espectáculos exhibicionistas o pornográficos de menores contenido en el artículo 189. Debemos tener en cuenta que lo que se pretende es combatir cualquier actividad de trata sexual, dirigida a imponer conductas sexuales contra la voluntad de la víctima, y ello aunque no lleven consigo relaciones sexuales completas, como masajes eróticos, striptease, pornografía, actividades de alterne, espectáculos exhibicionistas. En el caso de que concurra el consentimiento de la víctima, y teniendo en cuenta el contenido del apartado tercero del artículo 177 bis, el consentimiento viciado ha de referirse a la propia explotación y no a la actividad sexual concreta¹². En el supuesto de que se lleve a cabo una posterior explotación laboral¹³, estaremos ante un concurso con el delito del artículo 311 o en su caso del contenido en el artículo 312 del Código Penal. Y para el caso de la trata con fines de extracción de órganos, el concurso sería real con los delitos de lesiones previstos en los artículos 149 y 150 del CP.

Por tanto, si la finalidad perseguida no es alguna de las expresamente previstas por el tipo, la conducta no será típica, como sucedería si se persigue llevar a cabo una adopción internacional, o la práctica de experimentos clínicos o farmacológicos, para portar droga o para llevar a cabo matrimonios forzados.

Conviene destacar que así como la acción y los medios empleados integran el tipo objetivo del delito, la finalidad de explotación integra el tipo subjetivo. De esta manera, esta finalidad de explotación perseguida en el delito de trata de seres humanos, además de formar parte de la conducta típica, se configura como elemento subjetivo del injusto y que origina un delito mutilado en dos actos.

Debe destacarse que estas conductas típicas pueden llevarse a cabo, en territorio español o partiendo desde España con destino a otro país, y también es posible que se cometa en tránsito, esto es de paso por España, o con salida desde otro país con destino a España. Así pues, con este delito se persigue la trata de seres humanos que tenga una conexión con nuestro país¹⁴. De este modo se tipifica tanto la trata externa o

¹² Una cosa es acceder al ejercicio de una determinada actividad sexual y otra distinta acceder a ser explotada, así lo entiende entre otras la STS de 19 de septiembre de 2007.

¹³ Son frecuentes este tipo de conductas en las explotaciones agrarias, en empresas de manufactura, en la dedicación a la mendicidad, en las empleadas del hogar...

¹⁴ Esta exigencia supone que no sea constitutivo de delito en nuestro país, el supuesto en el que la víctima española sufra el traspaso de fronteras fuera de nuestro estado, sin que este sea el destino, ni el punto de partida, ni tampoco se utilice durante el tránsito.

internacional como la interna o nacional. Por otro lado la víctima puede ser también nacional o extranjera, llenando así el vacío que existía con el anterior artículo 318 bis del CP tanto para las víctimas españolas como de algún país de la Unión Europea. En el caso de que la víctima sea extranjera, la entrada en territorio nacional puede llevarse a cabo respetando la legislación española, o de forma ilegal o clandestina. Así, si la entrada fuera ilegal o clandestina, conducta tipificada en el artículo 318 bis, en tal caso nos encontraríamos ante un concurso de delitos, estando expresamente previsto en el apartado noveno del mismo artículo 177 bis¹⁵. En tal caso, el concurso de delitos sería real.

Siguiendo con el apartado segundo del artículo 177 bis, dedicado a la trata de menores de edad, en tal caso no se exige la concurrencia de violencia, intimidación, engaño o abuso, cuando estemos ante la captación, traslado o recibo de menores con fines de explotación. Pese a que los fines previstos en el apartado primero del artículo 177 bis, solo utiliza el término explotación, para la explotación sexual, todos los fines del delito de trata de seres humanos son formas de explotación personal de la víctima, debiendo en consecuencia incluir las otras dos finalidades.

V. SUBTIPOS AGRAVADOS

Tres son las modalidades agravadas que contempla el tipo. La primera está prevista en el apartado cuarto y prevé la imposición de una pena de 8 años y un día a 12 años de prisión. Se atiende a las circunstancias objetivas en las que se produce el traslado, o a las características del sujeto pasivo, por ser menor de edad, o a la vista de su particular vulnerabilidad, por razón de su enfermedad, capacidad o situación. Llama la atención que la minoría de edad de la víctima lleve consigo además de la no exigencia de los medios previstos en el tipo básico, la aplicación de forma automática del tipo agravado previsto en este apartado cuarto. Esta doble apreciación debe conducir a una interpretación restrictiva de la minoría de edad prevista en este tipo agravado, entendiendo que la edad biológica ha de colocar a la víctima en una situación de especial vulnerabilidad. Además, para el caso de que concurra más de una de las circunstancias previstas la pena a imponer será la de prisión de 10 años y un día a 12 años.

¹⁵ “En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación”.

Siguiendo con el apartado quinto, en esta ocasión la modalidad agravada atiende a las características del sujeto activo, autoridad, agente de la autoridad o funcionario público. En esta ocasión la pena a imponer es la de prisión de 8 años y un día a 12 años, y para el caso de concurrir alguna de las circunstancias previstas en el apartado cuarto será la de prisión de 10 años y un día a 12 años. Además está prevista la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años que puede llegar a aplicarse en su mitad superior si concurre alguna de las circunstancias del apartado cuarto.

Y como último criterio agravatorio se recoge en el apartado sexto, la integración del sujeto activo en una organización o asociación de dos o más personas, aunque las mismas tengan carácter transitorio, circunstancias que se han tenido en cuenta por la particular vinculación existente entre el delito de trata de personas y la delincuencia organizada. En tal caso la pena a imponer será la de prisión de ocho años y un día a doce años, y para el caso de concurrir alguna de las circunstancias del apartado cuarto, la pena prevista es la de prisión de 10 años y un día a 12 años más la inhabilitación especial durante el mismo tiempo. Para el caso de concurrir las circunstancias del apartado quinto se impondrá la pena prevista en ese apartado en su mitad superior, esto es prisión de 10 años y un día a 12 años más la de inhabilitación absoluta incluida en este apartado quinto, llegando a aplicarse la pena de prisión de 11 años y un día si además concurre alguna de las circunstancias del apartado cuarto.

También prevé el apartado sexto la pena a imponer a los jefes, administradores o encargados de esas organizaciones o asociaciones, siendo en tal caso de aplicación las penas previstas en el párrafo anterior en su mitad superior pudiendo llegar a imponerse la pena superior en grado, esto es pena de prisión de hasta 18 años además la correspondiente inhabilitación. Para el caso de que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado cuarto o quinto impondrá en todo caso la pena superior en grado.

VI. LA INTERVENCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS

La remisión que efectúa el apartado séptimo del artículo 177 bis, supone que la persona jurídica debe responder penalmente tanto cuando el delito es cometido en su provecho por cualquier persona, como cuando el delito lo comete quien no ostentando cargo directivo actúa en provecho de la persona jurídica, siempre que la comisión del

delito haya sido posible gracias a la falta de vigilancia o control de quien ostenta autoridad sobre el que actúa.

La pena a imponer en estos supuestos es la de multa, fijándose esta de manera proporcional al beneficio obtenido. Además el tipo contempla la posibilidad de imponer algunas de las penas previstas en el artículo 33.7, del CP.

VII. CONCURSOS DE DELITOS

Como ya se ha dicho el delito de trata de seres humanos no exige la efectiva explotación de la víctima, por lo que de producirse alguna de las forma de explotación previstas deberán castigarse en concurso real con la trata, tal y como prevé el apartado noveno del artículo 177 bis. Además, de forma expresa se incluye dentro de la regla concursal, la comisión de alguna de las conductas previstas en el artículo 318 bis, adoptando así el criterio adoptado en el acuerdo no jurisdiccional adoptado por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2008, en relación con el concurso real de delitos, así, entre el delito de tráfico de personas y el previsto en el artículo 188 del CP¹⁶. Por otro lado y teniendo en cuenta que alguno de los medios comisivos del delito de trata de seres humanos constituyen por si mismo otros delitos, como el de coacciones, amenazas, estos se verán subsumidos en aquel delito.

VIII. REINCIDENCIA INTERNACIONAL

Como ya hemos visto, la competencia de los tribunales españoles se extiende a la trata de personas llevada a cabo también en el extranjero, cuando tenga una conexión con nuestro territorio, y además se reconoce a las sentencias condenatorias dictadas en el extranjero los mismos efectos que si hubieran sido dictadas por los tribunales españoles, teniéndose en cuenta dichas condenas para apreciar la circunstancia agravante de reincidencia. De esta manera se pretende dar una respuesta global a conductas que frecuentemente se llevan a cabo por bandas organizadas que operan a nivel internacional.

IX. EXENCION DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL A LAS VICTIMAS DE LA TRATA DE PERSONAS

Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, se incluye en el apartado decimoprimer del artículo 177 bis, una excusa absolutoria prevista para las

¹⁶ SAP de Barcelona de 6 de febrero de 2013.

víctimas, teniendo como fundamento la inexigibilidad de otra conducta. Estas quedarán exentas de pena por las infracciones penales que hayan cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida, debiendo existir una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado. De esta manera se ofrece protección a las víctimas, y se contribuye a que estas denuncien, sin que tenga que preocuparse por su participación en la comisión de hechos delictivos durante el proceso de trata. No obstante y pese al propósito de dar una adecuada protección a la víctima, la exigencia de que las infracciones penales “se hayan cometido en la situación de explotación sufrida” puede llevar consigo que la exclusión de la pena no se produzca, cuando la víctima se vea obligada a cometer otros delitos no relacionados con la explotación a la que se ve sometida, como ocurriría cuando fuera obligada a traficar con droga. De igual modo la exigencia de proporcionalidad, más propia de las causas de justificación que de la inexigibilidad de otra conducta debe conducir a una interpretación amplia, tratando de dar la pretendida protección a la víctima.

X. CLIENTE O USUARIO DEL FIN PERSEGUIDO

No se le ha conferido el carácter de delito a la utilización de los servicios fruto de alguna de las formas explotación prevista en el delito de trata de seres humanos. Ello podría llevarse a cabo considerando tales conductas incluidas dentro del propio delito de trata, por vía de coautoría o de participación necesaria, o a través de los distintos tipos penales que conlleven la efectiva explotación. En tal caso surge el complicado problema del cliente, en el caso de la prostitución, teniendo en cuenta, por un lado las distintas posiciones que tiene la sociedad frente a la prostitución, así como a nivel de su persecución, a la hora de acreditar el conocimiento del cliente, de que la persona con la que está tratando es víctima de un delito de trata de seres humanos.

* * * * *

Las acciones preferentes y las subordinadas. El delito de estafa. Situación actual con análisis de la jurisprudencia.

~Sra. Dña. Gloria A. Moxica Pruneda~

Juez sustituta adscrita a la Fiscalía Provincial de Alicante. Socia de la FICP.

1. ANÁLISIS DE LAS FIGURAS DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES Y LAS ACCIONES SUBORDINADAS.

Quisiera iniciar este trabajo con una breve introducción que permita analizar ante que figuras nos encontramos; y quisiera indicar también que para ello, prácticamente reproduzco una Sentencia num.59/2013 del Juzgado de Primera Instancia num.Cuatro de Orense¹, en autos Juicio Ordinario 924/2012, dictada por la Magistrada Juez Sra.Martínez Gallego, el 12 de Abril de 2013, de la cual reproduzco a continuación algunos de los argumentos en ella esgrimidos en atención al interés de los mismos, su claridad y concisión.

Con ello quiero indicar que lo que a continuación expongo sobre la naturaleza de las preferentes y subordinadas, está sacado íntegramente de la referida sentencia que me ha parecido muy interesante en cuanto al análisis que hace de las mismas tan clarificador pero a la vez conciso.

Una vez sentando lo anterior y con las prevenciones indicadas, y con relación a las participaciones preferentes, no resulta fácil determinar la naturaleza de las participaciones preferentes. La disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros (en la redacción dada por la ley 6/2011, de 11 de abril), al establecer cuáles son las condiciones exigidas a las entidades de crédito para que puedan computar participaciones preferentes como recursos propios, realiza una aproximación a su contenido, que de partida nos informa de la complejidad de esta figura financiera.

Las participaciones preferentes se encuentran dentro de lo que se conoce como "híbridos financieros", pues estamos ante una vía de financiación empresarial a largo plazo a mitad de camino entre las acciones y las obligaciones o bonos.

¹ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia num.4 de Ourense, de 12/04/2013, [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es/CENDOJ) (CENDOJ, ref. ROJ: **SJPI 26/2013**).

Comparten con las obligaciones el hecho de que ambas reconocen o crean deuda contra su emisor, son instrumentos de deuda, tal y como regulan los arts.401 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Desde el punto de vista contable, se asemejan a las acciones, pues ambas son recursos propios de la entidad que las emite; pero se diferencian en elementos tales como que no conceden derechos políticos a su titular (el no conceder derecho de participación en los órganos sociales de la entidad emisora de las participaciones supone que no se permite a su titular participar en el control del riesgo asumido) ni tampoco otorgan un derecho de suscripción preferente respecto de futuras emisiones.

Por su parte, las obligaciones subordinadas se emiten conforme a la Ley del Mercado de Valores, 24/1988 de 28 de julio y al RD Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Además están sujetas a la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros y a la Ley 13/1992, de 1 de julio, de Recursos Propios y Supervisión en base consolidada de las Entidades Financieras.

La mayoría de los economistas las definen como producto financiero con un nivel potencial de riesgo relativamente elevado. Deben emitirse por un mínimo de cinco años, aunque algunas son perpetuas.

Al igual que ocurre con las participaciones preferentes, no resulta nada sencillo determinar la naturaleza de las obligaciones subordinadas. Éstas comparten con las participaciones preferentes la definición de "híbrido financiero", entendiendo por tal, una vía de financiación empresarial a largo plazo, a mitad de camino entre las acciones y los bonos. Comparten con las participaciones preferentes el hecho de que ambas reconocen o crean deuda contra su emisor, son instrumentos de deuda, tal y como regulan los arts. 401 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Y se diferencian, entre otros aspectos, en que en caso de quiebra, la prioridad en la prelación de créditos es distinta, siguiéndose el siguiente orden: tras los acreedores con privilegio y los comunes, tienen prioridad las obligaciones subordinadas frente a las participaciones preferentes.

Debido a la complejidad que presenta este tipo de instrumentos financieros, son varias las normas que indican las medidas que deben adoptarse de protección del inversor: el RDL 24/2012 de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, en su exposición de motivos, concretamente en su apartado IV; la Ley del mercado de valores, Ley 24/1988, (en adelante LMV) de 28 de julio, en su art.78 bis, obliga a las empresas de servicios de inversión a clasificar sus clientes en profesionales y minoristas, siendo éstos últimos definidos por defecto o exclusión; el RD 1310/2005 (en la referida sentencia se indica, creo que por error de transcripción, RD 1600/2005), de 4 de noviembre que desarrolla la citada ley realiza una clasificación aún más detallada en sus arts.38 y 39, al distinguir entre tres clases de inversores en valores negociables: el inversor o cliente minorista, el inversor iniciado o experto y el inversor cualificado; los artículos 60 y 64 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, sin olvidarnos del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias recoge junto con la obligación de información previa (Art 60), una serie de requisitos exigibles a las cláusulas no negociadas individualmente (art 80).

En esencia, traducción de todos ellos, **las entidades deben comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios**, entre tales obligaciones figura la esencial obligación de información que se concretaría en la obligación de obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia de su cliente y si no la obtiene, abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros; así mismo, con relación a un producto concreto, tiene que solicitar de su cliente la información de sus conocimientos y experiencia, advirtiendo, en su caso, y en base a dicho producto, si el mismo no es adecuado, y si no obtiene dicha información, advertir al cliente de la imposibilidad de determinar lo adecuado del producto.

Todo lo expuesto anteriormente, como ya he indicado, está extraído íntegramente de la sentencia referida, la cual aborda la nulidad contractual solicitada, por error en el consentimiento en su calidad de consumidores afectados, del contrato de suscripción de

participaciones preferentes y subordinadas suscrita entre las partes litigantes estimando finalmente la nulidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes así como de obligaciones subordinadas suscrito por los demandantes y la financiera, por ser inadecuada y claramente insuficiente, la información prestada por parte de la entidad demandada, quien, **incumpliendo su deber legal de dar una información imparcial, clara y no engañosa, provocó un error invalidante del consentimiento** emitido por los demandantes contratantes.

Igualmente es de destacar que, según la nota de prensa del Consejo General del Poder Judicial el Tribunal Supremo², recientemente, en sentencia en Pleno de 18 de Abril de 2013, (fue publicado en la web el 31/05/2013) tras casar la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, y en Pleno, la Sala considera que esta información completa y clara no se había suministrado ni se había actuado de buena fe, al existir una contradicción entre el perfil de riesgo del cliente, que era muy bajo, y los valores elegidos, de riesgo elevado, lo que, con una actuación diligente y de buena fe, hubiera exigido que se pusiera de manifiesto la incoherencia entre el perfil elegido y los productos de inversión aceptados para asegurarse de que la información era clara y había sido entendida.

Si parece que no ofrece duda, en el ámbito civil, la nulidad del contrato por error invalidante del consentimiento al ser la información inadecuada e insuficiente, en el ámbito penal, nos preguntamos si sería suficiente dicha información defectuosa para acudir a la vía penal.

2. ANÁLISIS DEL DELITO DE ESTAFA DESDE LA PERSPECTIVA BANCARIA.

El delito de estafa tipifica en el art. 248.1 del Código Penal, la acción de los que con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

Si vemos, tanto en el ámbito civil como en el penal se encuentra subyacente el error, pero considero que la diferencia entre el ámbito civil y penal se encuentra en la actuación previa a dicho error, si la misma se califica como una actuación incorrecta,

² Consejo General del Poder Judicial:
http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/TS_condena_al_BBVA_por_invertir_el_dinero_de_un_matrimonio_en_preferentes_de_Lehman_Brothers_y_no_informarles_de_manera_completa_y_clara_del_riesgo

negligente, o una actuación engañosa. Los elementos que estructuran el delito de estafa, tal como indica la Sentencia del Tribunal Supremo, Penal sección 1 del 26 de Julio del 2011 (ROJ: **STS 5339/2011**)³ a tenor de las pautas que marcan la jurisprudencia y la doctrina, son los siguientes: 1) La utilización de un engaño previo bastante, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. 2) El engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción. 3) Debe darse también un acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo, debido precisamente al error, en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero. 4) La conducta engañosa ha de ser ejecutada con dolo y ánimo de lucro. 5) De ella tiene que derivarse un perjuicio para la víctima, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (nexo causal o naturalístico) y materializarse en el mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo (relación de riesgo o segundo juicio de imputación objetiva).

Por otro lado el engaño debe ser suficiente pues cualquier engaño, aunque vaya acompañado del propósito de obtener una ventaja patrimonial ilícita, no constituye por sí solo el delito de estafa. En realidad, el engaño no es sino uno de los elementos del tipo, junto al error del sujeto pasivo, su disposición patrimonial y el daño patrimonial. Ello surge directamente del texto del art. 248 CP. Es preciso preguntarse si el engaño tiene relevancia típica. Esta cuestión ha sido objeto de los esfuerzos interpretativos de la jurisprudencia y la doctrina en relación con la exigencia de "engaño bastante". En el estado actual de la dogmática del delito de estafa hay dos aspectos que no parece que puedan ser soslayados en el intento de dar respuesta a la pregunta por el sentido del engaño bastante. Es preciso considerar que hoy no existe ninguna duda sobre la identidad de la estructura del tipo de la estafa con la de la inducción o, al menos, en ciertos casos con la de la autoría mediata, así como que la estafa protege la autodeterminación patrimonial del sujeto pasivo frente a acciones engañosas, de forma que no puede haber un engaño bastante cuando el embuste no afectó la autodeterminación o la libertad de decisión del sujeto pasivo traducción del art.1266 del

³ Sentencia del Tribunal Supremo Penal del 26/07/2011, www.poderjudicial.es (CENDOJ, ref. ROJ: STS 5339/2011).

C.Civil. Además, es de resaltar igualmente la exclusión de la tipicidad de la estafa, cuando el sujeto pasivo había descuidado su propio patrimonio, como señala la Sentencia del T.Supremo 1285/98, de 29 de Octubre, a la que hace referencia, a su vez, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Abril de 2001 (ROJ: STS 2996/2001)⁴.

En el caso concreto de la práctica bancaria, y centrándonos en aquellas actuaciones en las que el cliente del banco descuenta en el mismo créditos que, aparentemente, ostenta contra terceros, cuando realmente no es así y dichos créditos son inexistentes (delito de estafa en concurso medial con el delito de falsedad en documento mercantil), con relación la exigencia de una cierta diligencia en la puesta en marcha de los deberes de autoprotección no puede llevarse hasta el extremo de significar la imposibilidad real y efectiva de la estafa, toda vez que su eficacia la excluiría en todo caso, ni a instaurar -en el desarrollo de las prácticas en el ámbito laboral bancario- un principio de desconfianza que obligue a los directivos del Banco, así como a los empleados a ellos subordinados, a comprobar de forma exhaustiva, permanente y al milímetro, cada concreta actuación desempeñada por los mismos en el ejercicio de las funciones que, en el organigrama del Banco, le hubieren sido encomendadas. La diligencia exigible al Banco será, ni más ni menos, que la propia del ámbito en el que se desarrollaron los hechos según los usos habituales en el mismo.

En resumen, en la jurisprudencia está asentada la tipicidad, como delito de falsedad en documento mercantil en concurso ideal con el delito de estafa, aquellas actuaciones en la que los clientes del banco entregan para el descuento créditos inexistentes, efectuando el Banco una disposición patrimonial, en su perjuicio, y a favor de su cliente.

¿Pero qué ocurre cuando el “engaño” es en sentido contrario? Analicemos a continuación la proyección del delito cuando el objeto del contrato bancario son productos financieros de alto riesgo o que requieren especiales conocimientos financieros del destinatario.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Penal, de 09/04/2001, www.poderjudicial.es (CENDOJ, ref.ROJ: STS 2996/2001).-

3. DELITO DE ESTAFA EN LA VENTA DE PREFERENTES Y SUBORDINADAS, ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN.

A la vista de la situación actual en la que nos encontramos y en concreto con relación a la suscripción de preferentes y subordinadas, ya se han iniciado en nuestros Tribunales actuaciones de índole penal sobre la venta de preferentes y de subordinadas, y en concreto Auto del Juzgado Central de Instrucción, num.4, Audiencia Nacional, del 04 de Julio del 2012 (ROJ: AAN 129/2012)⁵, derivada de la querrela presentada por el partido político Unión, Progreso y Democracia, UPyD, contra las mercantiles BANKIA, S.A. y BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS S.A. (BFA), así como contra los consejeros de dichas entidades, pero siendo este procedimiento, como se ve, no iniciado por los perjudicados sobre el presunto delito de estafa, sino por un partido político, como querellante de la acción popular, y con relación a los delitos de falsedad de cuentas anuales y balances (art.290CP), administración desleal o fraudulenta (art.295CP), maquinación para alterar el precio de las cosas (art.284CP) y apropiación indebida y administración desleal (art.252CP). Es decir, se está denunciando una actuación, llamémosle genérica, de los administradores de las mercantiles referidas.

Por otro lado, ya nos encontramos algunas actuaciones a título particular por los concretos “perjudicados”, por las preferentes, y así el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Penal sección 2 del 17 de Enero del 2013 (ROJ: AAP T 58/2013)⁶, dictado por la misma ante un recurso de apelación frente al auto dictado por el Juzgado de Instrucción num.Seis de Tarragona, en el que, de lo que se desprende del auto de la Audiencia, no se admitió a trámite una querrela presentada por un particular por un delito de estafa relacionado con la suscripción de preferentes, admitiendo el recurso. El Juzgado de Instrucción no consideró la existencia de indicios de la comisión del delito de estafa, en tanto, afirma, según indica el referido auto de la Audiencia Provincial de Tarragona “.....que aún cuando la actuación de la Entidad Bancaria para la que trabajan los querrellados pudo haberse encontrado revestida de opacidad, no alcanzaría la entidad suficiente como para convertirla en engaño antecedente y bastante integrante del citado tipo penal”. Ante ello, la Audiencia Provincial de Tarragona estimó el recurso de apelación interpuesto, pero porque consideró precipitada la decisión, estimando que

⁵ Auto del Juzgado Central de Instrucción num.4, A.Nacional, de 04/07/2012, www.poderjudicial.es, (CENDOJ, ref.ROJ: AAN 129/2012).-

⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Penal sección 2, del 17/01/2013, www.poderjudicial.es (CENDOJ, ref.ROJ: AAP T 58/2013).-

deberían practicarse las diligencias de investigación que se estimaran necesarias, aunque deja caer que los hechos relatados en la querrela no permiten descartar la existencia del engaño. Realmente, este auto referido lo único que indica es que, cuanto menos, se deberán iniciar las actuaciones para comprobar la realidad de los hechos y su subsunción en el tipo penal, toda vez que por lo que se refiere a la necesidad de relevancia penal de los hechos, el art.313 de la L.E.Crim. ordena la desestimación de la querrela cuando los hechos en que se funda "no constituyan delito". La valoración de si tienen significación penal no puede hacerse sino en función de los hechos como son alegados en la querrela, y no de los que resulten acreditados, porque, si averiguarlos es el objeto del proceso, su verificación no puede convertirse en presupuesto de la incoación.

Sin embargo hemos constatado la existencia de una resolución que, tras la práctica de las diligencias de instrucción consideradas oportunas, el Juzgado de Instrucción sobresee provisionalmente la causa, y tras el recurso presentado por los querellantes, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda, en Auto de fecha 12 de Julio de 2012⁷, desestima el recurso, confirmando el sobreseimiento provisional de la causa, al considerar que no constaba acreditado que el querrellado realizara actividad engañosa, toda vez que eran los propios clientes lo que solicitaron un producto de alta rentabilidad.

Quisiera igualmente destacar que la Presidenta de la Comisión Nacional de Valores, en su comparecencia en el Congreso en la Comisión de Economía, de fecha 29 de Mayo de 2013, para dar cuenta del informe anual del organismo regulador, así como para presentar un informe sobre la comercialización de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada, en el que según informa EL PAIS, en su edición digital de 29 de mayo de 2013⁸, en un artículo titulado "La CNMV afirma que la banca eludió las normas "más estrictas" con las preferentes", indica que "[la] Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) ha llegado a la conclusión de que las entidades financieras vendieron participaciones preferentes a un número "muy elevado de clientes" a los que se les ha advertido de que la operación no era conveniente y ha determinado que en estos procesos "no fueron de aplicación las normas más estrictas correspondientes al servicio de asesoramiento, básicamente el test de idoneidad, que es

⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, seccion 2, de 24/07/2012, www.poderjudicial.es (CENDOJ, ref.ROJ AAP M 11167/2012).-

⁸ EL PAIS, http://economia.elpais.com/economia/2013/05/29/actualidad/1369841922_034733.html día 29/05/2012.

más exigente que el de conveniencia". Continúa indicando el referido periódico, dentro del mismo artículo, "[e]n el terreno disciplinario, Rodríguez ha indicado que la CNMV inició en 2012 la tramitación de varios expedientes sancionadores por las preferentes y la venta de deuda subordinada. Con estos, hay en marcha investigaciones que afectan a nueve grupos financieros, según su configuración actual. Ya que afecta a un número más elevado de entidades, ha añadido la presidenta del regulador...".

Más recientemente, la Audiencia Nacional, Sala de Lo Penal, Sección Tercera, en Auto de fecha 29 de Mayo de 2013⁹, estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la mercantil querellante BOCHNER ESPAÑA S.L. y de sus legales representantes, con relación a la decisión del Juzgado Central de Instrucción num.4, en el procedimiento al que ya hemos referencia, iniciando por querrela de UPyD (vid.pag.10). La estimación de dicho recurso supone que, al margen de la investigación de la actuación de las 7 cajas que posteriormente configurarían BANKIA, se debe investigar la comercialización de las preferentes, y en base, en esencia, a diferencia del criterio del Juzgador de Instrucción y del Ministerio Fiscal, en la íntima relación entre el proceso de fusión de las 7 cajas y las estafas a particulares, clientes de las mismas, como delito masa.

También es cierto que a continuación, según informa el periódico EL PAIS, en su edición digital de 31/05/2013¹⁰, la Fiscalía Anticorrupción ha informado, en el procedimiento del que trae causa el anterior recurso, que la comercialización de las controvertidas participaciones preferentes por parte de Bankia y de las cajas que dieron lugar a esta entidad no constituyó delito, ya que ni hubo intención de engañar ni "un plan diseñado y preconcebido" para alterar el precio de estos títulos. Sigue diciendo Fiscalía anticorrupción en los informes en los que se opone a admitir a trámite las querellas que recibió el juez de la Audiencia Nacional Fernando Andreu, según el referido periódico, que "[n]os encontramos con un producto que en sí mismo no puede considerarse fraudulento y que, a la fecha de su comercialización, se encontraba autorizado y regulado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores". Por último la Fiscalía también rechaza que se investigue por estos hechos a los ex-responsables de la CNMV y del Banco de España, respectivamente, ya que no puede atribuírseles

⁹ Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Nacional, de fecha 29/05/2013, ROLLO DE SALA: APELACION CONTRA AUTOS 0000078 /2013, <http://cd00.epimg.net/descargables/2013/05/30/59aea5af82ff2d62f86332c32c3785b.pdf>.

¹⁰ EL PAIS, http://economia.elpais.com/economia/2013/05/31/actualidad/1370007875_602731.html

participación en los delitos de fraude de los que hablan las querellas, indicando, según el referido diario, que “[r]esulta difícilmente sostenible la existencia de un plan preconcebido claramente orquestado por las entidades querelladas a las que habría que sumar, no se olvide, la práctica totalidad del sistema bancario y financiero español”.

A la vista de lo anterior, vaticinamos la presentación de denuncias y/o querellas, al margen de las posibilidades de acudir a la jurisdicción civil e incluso al sistema de arbitraje articulado, y si bien es cierto que se están admitiendo a trámite las querellas que están interponiendo particulares contra las entidades y con relación a este tipo de producto financiero, considero que los problemas que se pueden plantear son esencialmente: en cuanto al fondo del asunto, la prueba del engaño suficiente, su carga, y en cuanto a las posibles cuestiones procesales, la existencia de un delito masa con la posibilidad de acumulación de los procedimientos seguidos contra una misma persona y/o entidad, la autoría y con relación a ésta el papel que ocupa el empleado de la oficina bancaria que ofrece el producto y los directivos de la entidad, e incluso, los mandos intermedios, (autoría inmediata, autoría mediata, cooperador necesario, complicidad), sin olvidar la cuestión de competencia territorial.

Sin perjuicio en un futuro de profundizar en el estudio de los aspectos procesales, en éste, más limitado, voy a analizar el “engaño” como elemento del tipo de la estafa con relación a la actuación de las entidades bancarias.

4. EL ENGAÑO, COMO ELEMENTO QUE TIPIFICA EL DELITO DE ESTAFA, EN LA VENTA DE PREFERENTES Y SUBORDINADAS.

Como ya hemos visto con anterioridad, uno de los elementos que tipifica el delito de estafa es la utilización de un engaño previo bastante, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto.

No cabe duda que el engaño está íntimamente relacionado con las aptitudes del engañado. Se debe ponderar el nivel de perspicacia del ciudadano medio como las concretas capacidades del sujeto pasivo, el inversor, y debemos traer a colación el distinto tratamiento que efectúa la LMV y el decreto que la desarrolla (RD 1600/2005),

distinguiendo la primera entre profesionales y minoristas, yendo mas allá el real decreto, que distingue tres, el inversor o cliente minorista, el inversor iniciado o experto y el inversor cualificado.

Obviamente, difícilmente el inversor “profesional” o “cualificado”, tal como está calificado el primero en la LMV, art.78 bis, y el segundo en el RD, podrá ser sujeto pasivo de este delito toda vez que la propia enumeración que efectúan tanto la ley como el real decreto, que no reproducimos, estaríamos ante entidades, instituciones, organismos, empresarios, que tienen conocimientos profundos sobre la materia, y por ello no profundizo mas en ello.

La cuestión se centra en lo que conocemos como “pequeños inversores”, “minoristas”, no entendiendo a tales los que invierten pequeñas cantidades sino aquellos que, aunque invirtiendo mayores cantidades, desconocen los productos financieros, y acuden a su entidad bancaria, a “su banco” o “su caja”, con sus ahorros para depositarlos en los mismos, asesorados por la persona de confianza. Piénsese por ejemplo en una persona que tiene una segunda vivienda, al margen de la habitual, y decide venderla para tener una seguridad económica, obteniendo una cantidad importante de dinero y decide depositarla en su banco o caja, para obtener una rentabilidad, pero con posibilidad de disposición inmediata.

A la vista de lo que continuamente está trascendiendo, la realidad es que las preferentes se han “colocado”, al margen de otros, a inversores minoristas, pequeños ahorradores, que el depositar su dinero en las entidades pretendían una rentabilidad, lógico por otro lado, pero también una seguridad con relación a sus ahorros, y sin embargo, lo que realmente se les ha vendido son unos productos financieros de alto riesgo y que chocan frontalmente con el perfil del cliente y así lo están ya declarando las sentencias de nuestros tribunales en el ámbito civil.

Considero que el engaño es patente, pero sin perder de vista que este engaño tiene que estar dirigido por una intención clara, y es la disposición patrimonial del inversor minoristas. Hemos podido apreciar, genéricamente, una actuación clara, en que las entidades emiten participaciones preferentes, para conseguir financiación a precios por debajo del mercado crediticio y con un tipo de producto que sana el balance a medio camino entre los fondos propios y los ajenos. Estos productos, a diferencia de los bonos, pagarés u otros tipos de deuda privada, no tenían fecha de vencimiento, son perpetuos.

Si analizamos la actuación de BANKIA, y en concreto de las Cajas que la integraron, desde un punto de vista, llamémosle, genérico, cuando menos, con las prevenciones necesarias, al carecer de más datos que los que aparecen en la prensa, estamos ante una actuación engañosa por parte de las mismas para, una vez fusionadas, su salida al bolsa fuera en unas condiciones mejores que las que realmente tendrían. Si genéricamente podemos tener esa impresión, bajando al caso concreto, no es suficiente para considerar acreditado la existencia del engaño tendente a la disposición patrimonial, por lo que cada particular deberá probar que fue engañado y que por ello se produjo por su parte la disposición patrimonial. Pero ello, considero que en la mayoría de los casos no existirá mucho problema para probar dicho engaño y consecuencia del mismo la disposición patrimonial, puesto que partiendo de determinados datos, que podríamos calificar de objetivos (sobre todo lo relativo al perfil del inversor con relación al producto vendido), se podrá inferir dicho engaño, y con el carácter de suficiente. Ciertamente, si se constata que muchos de estos productos financieros fueron colocados a un sector de la sociedad, en muchos supuestos jubilados, con escasa formación académica y con un perfil netamente conservador en cuanto a las inversiones que deseaban realizar, de dichos datos considero que no resultará difícil probar el engaño predestinado a la disposición patrimonial, por medio de la prueba de presunciones. Cuando se trata de la prueba habitualmente denotada como indiciara, para que resulte atendible la conclusión inculpativa, según jurisprudencia asimismo muy conocida es preciso que los hechos indicadores o hechos-base sean varios, estén bien acreditados, mediante prueba de la llamada directa, y viertan sobre el hecho principal u objeto de imputación; y que la inferencia que, realizada a partir de aquéllos conduce a este último, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables, y cuente con motivación suficiente.

Si se acredita por lo que la entidad financiera ha vendido u ofrecido, como intermediario, productos de alto riesgo a clientes de perfil conservador, obviando sus obligaciones hacia su “cliente”, y dentro de un plan superior para proveerse de fondos, considero que no se desvirtúa el principio de presunción de inocencia si de ello se infiere que ha actuado hacia su cliente con engaño suficiente para que efectúe un acto de disposición en su perjuicio.

Para concluir, si bien como he dicho, no considero que pueda existir dificultad para acreditar el engaño suficiente y del acto de disposición en perjuicio del cliente, no

es menos cierto que los problemas vendrán de otro lado: este tipo de procedimientos penales, con múltiples perjudicados, cuya instrucción recae en un único Juez, y en el caso de Bankia, SA, con la investigación de varias vertientes del problema, toda vez que a la investigación del proceso de fusión de las Cajas, por la resolución de la Sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia, a la que ya hemos referencia, se ha instado al Juzgador (Juez Central de Instrucción num.4 de la Audiencia Nacional) a acumular al mismo la instrucción de la querrela interpuesta por un particular, en este caso una mercantil, a la que, prevemos, se acumularan aquéllas que pudieran estar instruyéndose en otros Juzgados de los distintos partidos judiciales y aquéllas que se presenten, va a dar lugar a una “macroinstrucción” con la complejidad y dilación en el tiempo que ello supone, y que como ejemplo tenemos en llamado “caso de la colza”, apareciendo los primeros casos en 1981, y dictándose sentencia, tras recurso interpuesto frente a la dictada por la Audiencia Nacional, por el Tribunal Supremo el 23 de abril de 1992, y la consiguiente ejecución de sentencia.

* * * * *

La prevaricación urbanística del art. 320 del Código Penal

~Sra. Dña. María Elena Rábade Blanco~

Asesora jurídica. Socia de la FICP.

1. Introducción. Concepto de prevaricación.

En el año 1995, con el nuevo Código Penal, se introdujo por primera vez la prevaricación urbanística, en el artículo 320 CP. El legislador traslada al código penal la protección de los principios constitucionales establecidos en los art 45 y 47 de la constitución de 1978, de protección del medio ambiente y regulación de la utilización racional del suelo, de acuerdo con el interés general.

Surgen así tres prevaricaciones administrativas específicas, manteniéndose la general del art 404 CP. La del artículo 322 CP, en materia de delitos contra el patrimonio, el 329 CP en materia de delitos contra el medio ambiente y el art 320 CP, en materia de delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, objeto de este trabajo.

El legislador con la promulgación del nuevo Código Penal, une a la protección del bien jurídico del buen funcionamiento de la administración, objeto del art 404 del CP, otros bienes jurídicos a proteger conjuntamente. El art 320 protege conjuntamente el bien jurídico de la Ordenación racional del Territorio. El carácter pluriofensivo del bien jurídico tutelado, incorpora a este tipo penal una segunda dimensión, añadida a la derivada de la infracción de normas administrativas, la necesidad de acreditar un riesgo penalmente relevante para el segundo bien jurídico.

La protección del bien jurídico de la ordenación del territorio, que aparecía protegido administrativamente y sancionado disciplinariamente, resultaba escasa ya para el legislador de 1995, ante las graves conductas que se daban como consecuencia del anormal funcionamiento de la función pública en el ámbito urbanístico. La exigencia de responsabilidad a personas que tenían a su cargo el servicio público del urbanismo, los funcionarios públicos y autoridades, deviene necesaria de protección penal.

El boom de la construcción y el crecimiento de nuevos núcleos poblacionales dio como consecuencia la necesidad de reformar y reforzar la protección penal con dos reformas, las más reciente llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio.

Ha sido considerado el delito estrella contra la corrupción, por la amplia conexión que se ha producido entre urbanismo y corrupción. La razón por la que la corrupción tiene tanta presencia en el urbanismo es por tratarse de un ámbito que mueve grandes cantidades de dinero y que opera con una dinámica que favorece el enriquecimiento fácil a quienes participan de él, tanto desde la esfera privada como desde la esfera pública.¹¹

La Ley Orgánica 5/2010 de reforma del código penal amplía los supuestos de hecho de los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (arts. 319 y 320 CP), así como endurece sus penas. Ha modificado asimismo la rúbrica del título, y el capítulo en donde se incluye, añadiendo los delitos sobre el urbanismo a los delitos sobre la ordenación del territorio. El cambio de denominación, según establece el apartado XX de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, se debe a que se incluye el urbanismo como objeto de tutela, especificando la tradicional distinción conceptual entre la genérica “ordenación del territorio”, entendida como la labor de planificación del suelo para sus mejores usos y aprovechamientos, y el específico “urbanismo”, entendido como la ordenación de la edificación, construcción y urbanización dentro de las ciudades¹². Endurece las penas de prisión aplicables, aumentado el tiempo de prescripción consecuentemente de 3 a 5 años. Ha suprimido la alternatividad entre la pena de prisión o multa, y aumentado las conductas típicas del delito.

Concepto de prevaricación urbanística

El delito contra la ordenación del territorio, también llamado prevaricación urbanística, está tipificado en el artículo 320 del Código Penal. Es un tipo agravado del tipo general de prevaricación administrativa previsto en el art 404 CP, “de cuya

11 POZUELO PEREZ, L., “La respuesta penal a la delincuencia urbanística” AFDUAM 12. 2008

12 Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 21 de junio de 2012 (PONENTE: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE) que recoge que en “el urbanismo se encierra nada más y menos, que el equilibrio de los ciudades y de los núcleos de población en general y como el concepto de ciudad es abstracto, también incorpora el equilibrio físico y psíquico de las personas que en ellas viven: la armonía, la convivencia, las exigencias inexcusables de la ecología, de la naturaleza y del hombre, que tiene que coexistir buscando el ser humano el equilibrio mismo con el medio ambiente que le rodea y en el que vive. La humanidad, inmersa en sus exigencias respecto al modo de vivir de todos, al "habitat" de cada uno, que sin dejar de ser titular, de ese inmueble o parte de él, también afecta a todos los demás ciudadanos, ha tomado ya conciencia del problema. Todo ello exige unos planes y el sometimiento riguroso a unas normas. Con el sistema se pone en juego nuestro porvenir. Por ello es un acto muy grave que las normas que se han establecido pensando en la justicia, en la certeza y en el bien común, después, mediante actos injustos, se incumplan”.

naturaleza y requisitos participa" (SSTS de 28 de marzo de 2006, F.J. Decimotercero)¹³. El delito de prevaricación protege el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con lo establecido en la Constitución. Por tanto, se protege el interés general, el sometimiento pleno a la ley y al derecho y la objetividad en el desempeño de su cargo.

Se trata de una prevaricación especial por razón de la materia a la que afecta, la actividad urbanística, y por la específica normativa que se debe tomar en consideración para completar las remisiones del precepto penal en blanco, la legislación urbanística¹⁴.

13 «Como ha puesto de manifiesto la mejor doctrina, este delito introducido en el CP. 1995, no es sino una especialidad del delito más genérico de prevaricación penado en el art. 404, a cuya penalidad remite en parte y de cuya naturaleza y requisitos participa, pues al igual que éste protege el correcto ejercicio del poder público que en un Estado de Derecho no puede utilizarse de forma arbitraria ni aun a pretexto de obtener un fin de interés público o beneficioso para los ciudadanos pues debiendo, por el contrario, ejercerse siempre de conformidad con las Leyes que regulan la forma en que deben adoptarse las decisiones y alcanzarse los fines constitucionalmente lícitos, aunque su ámbito de perpetración se ciñe al propio de la actividad administrativa de control de la ordenación y uso del territorio.» (STS 2ª-23/05/2005-2428/2003).

14 La Audiencia Provincial de Málaga, Sección 2.ª, en su sentencia de 25 de abril de 2007 (recurso 263/2006) hace un interesante análisis de los requisitos de la prevaricación urbanística y en especial, respecto al tipo de ilegalidad necesaria:

1º) Que la resolución sea «injusta»; o como dice el vigente Código Penal de 1995 en el Art.404, «arbitraria»; es decir, no adecuada a la legalidad, tanto si se trata de actividad reglada como si se trata de una actividad discrecional —desviación de poder— (Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1981). No basta cualquier ilegalidad, sino que según reiterada doctrina de esta Sala tiene que tratarse de «una contradicción con el ordenamiento tan patente y grosera, esperpéntica se ha dicho en otras ocasiones, que puede ser apreciada por cualquiera, no bastando la mera ilegalidad producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en Derecho» (Sentencias de 10 de mayo de 1993, 21 de febrero de mayo y 10 de noviembre de 1994, 25 de marzo y 20 de abril de 1995 14 de marzo de 1996, 7 de febrero, 3 de marzo y 23 de abril de 1997). Concretamente como ha declarado la Sentencia de 14 de noviembre de 1995 la «injusticia» que tal actuación administrativa proclama «puede venir referida en la absoluta falta de competencia del inculpado, en la inobservancia de las más elementales normas del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la Resolución de modo que ésta implique un torcimiento del Derecho» (Sentencias de 20 de abril de 1995, de 24 de abril de 1988, 17 de septiembre de 1990, 10 de abril y 10 de diciembre de 1992, y 21 de febrero de 1994).

Que esa resolución sea injusta, no en el sentido de meramente ilegal o contraria a Derecho, sino patente y clamorosamente opuesta al ordenamiento jurídico, es decir, que no basta cualquier ilegalidad, sino que según reiterada doctrina de dicha Sala tiene que tratarse de "una contradicción con el ordenamiento tan patente y grosera, esperpéntica se ha dicho en otras ocasiones, que puede ser apreciada por cualquiera, no bastando la mera ilegalidad producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en Derecho".

2º) Que una persona que tenga la condición de autoridad o funcionario público adopte en un asunto administrativo una resolución, es decir que realice de forma expresa o tácita, oral o escrita, una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados.

3º) Que el agente del hecho obre con clara conciencia de la arbitrariedad, a sabiendas, según frase consagrada, de la injusticia de su resolución; elemento culpabilístico que no es suficiente con que sea deducido de consideraciones más o menos fundadas, sino que se evidencie como elemento subjetivo del tipo más allá de toda duda razonable. Se ha insistido en esta doctrina sobre la necesidad de no acudir, ante toda interpretación errónea o discutible de las normas jurídicas, a entender que la conducta del funcionario ha de estimarse delictiva, sino que ha de reservarse tal carácter a actuaciones plena y patentemente contrarias a la justicia, y así, cuando la resolución pueda ser revisada y sus nocivas consecuencias modificadas en vía de recurso administrativo, no se considerará en general delictiva, consiguiéndose así evitar que el grupo social dependa siempre para solucionar problemas surgidos en la Administración pública de acudir a la última ratio que es la sanción penal. (Señala el TS en numerosas sentencias STS 1 de julio de 2007 y 25 de septiembre de 2008 los elementos de la prevaricación).

El Tribunal Supremo en su Sentencia 755/2007, de 25 de septiembre, efectúa un detallado estudio de los requisitos que la doctrina jurisprudencial ha exigido para que una conducta sea susceptible de ser calificada de delito de prevaricación, con cita de innumerables sentencias, en los términos del artículo 404 del Código Penal, poniendo el acento en el *ejercicio arbitrario del poder*, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público; resumiendo las exigencias, en el inciso final del fundamento jurídico segundo, “... *hay que destacar que será necesario que se trate de una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo, que sea contraria al derecho, es decir, ilegal, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable, que ocasione un resultado materialmente injusto y que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar contra el derecho...*”.

1.1 La reforma de la Ley Orgánica 5/2010.

Se ha pasado de considerar delito contra la ordenación del territorio únicamente el hecho de informar favorablemente, resolver o votar proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes, a ampliar el tipo con un catálogo de actos posibles en relación con la ordenación del territorio y el urbanismo, con el haber informado favorablemente, resuelto o votado por sí mismo o como parte de un órgano colegiado los instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o finalmente también la edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio.

La reforma decide incluir en el ámbito de lo penalmente sancionable también la fase de planeamiento urbanístico. En la antigua redacción no tenían encaje estas conductas relacionadas con la corrupción urbanística, que se han revelado habituales, como el informe o la aprobación de instrumentos de planeamiento o de desarrollo

ilegales, o la muy habitual y relevante consistente en silenciar las infracciones urbanísticas observadas con motivo de una inspección u omitir las inspecciones obligatorias

En el Art 320 CP se castigan dos grupos de conductas:

- a) La de la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente la realización de determinados actos gravemente lesivos para dicho bien jurídico, que allí se describen (art. 320.1). Luego, la reforma operada por L.O. 5/2010 ha incorporado a partir de la fecha de su entrada en vigor la conducta omisiva de la autoridad o funcionario que, con igual conocimiento de su injusticia, haya silenciado u omitido intencionadamente los actos que él debiera llevar a cabo en el ejercicio de sus funciones para preservar el referido bien jurídico.
- b) La de la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, por sí o como miembro de un organismo público, haya resuelto o votado a favor de la aprobación de las obras o de los actos que allí se estiman gravemente lesivos para dicho bien jurídico (art. 320.2).

Cualquier violación de normas relativas a la ordenación del territorio en la concesión de licencias o de alguno de los proyectos a que se refiere el art. 320.1 CP, integra un elemento del delito allí previsto. No obstante lo anterior, puede seguir admitiéndose que dicha violación o infracción no necesariamente haya de constituir delito, uno de los del art. 319 CP, sino incluso una infracción administrativa, que al menos sea grave.

La inclusión de la fase de planeamiento y parcelación en el elenco de comportamientos penalmente relevantes constituye un acierto indiscutible que sólo puede verse empañado por la inoperancia que pueda surgir como consecuencia de una ausencia de reparto competencial y de controles entre las diversas administraciones intervinientes en el proceso de elaboración administrativa de las normas de planeamiento.

1.2.- Relación de los delitos urbanísticos con los ilícitos administrativos en materia urbanística.

No cabe entender en modo alguno que con la tipificación de aquellas conductas contra la ordenación del territorio se haya pretendido por el legislador convertir en

delito cualquier acto contrario a las normas urbanísticas vigentes, cualquier ilegalidad o infracción de dichas normas. Ello supondría vaciar completamente de contenido a la jurisdicción contencioso administrativa, aparte de ser contrario al principio de intervención mínima que debe regir la actividad del legislador en el ámbito penal. Las conductas realizadas por los funcionarios públicos o autoridades tienen ya una sanción administrativa, considerándose como falta muy grave “La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos” (art. 6.1 d) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, y art. 95.2 b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público) y como falta grave “La emisión de informes y la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales cuando causen perjuicio, a la Administración o a los ciudadanos y no constituyan falta muy grave” (art. 7.1 h) del mismo cuerpo legal). Para recaer sanción administrativa es necesario causar un perjuicio.

No es propio de la competencia atribuida a los órganos de la jurisdicción penal el control de la legalidad de los actos de la administración, sino el enjuiciamiento de las conductas tipificadas en el Código Penal como delictivas. No obstante los principios de legalidad, intervención mínima, taxatividad y proporcionalidad han de estar presentes en la aplicación de la norma penal.

En los casos que la Administración actúa dentro del ámbito de la discrecionalidad, para examinar la desviación de poder, es necesario acudir a la interpretación aportada por la jurisprudencia contencioso-administrativa, que, respecto de los casos de cambio en la calificación del suelo o de sus usos o aprovechamientos, considera que habrá arbitrariedad en la medida en la que la modificación en la calificación del suelo o en sus usos no queda justificada por razones de interés general, sino por la existencia de intereses particulares. Intereses generales en la esfera de la ordenación urbanística serán los coincidentes con los establecidos en el artículo 47 de la Constitución, en el sentido de que la ordenación del territorio debe estar subordinada a la «adecuada satisfacción de las necesidades sociales y del interés público con ausencia, en todo caso, de cualquier tipo de arbitrariedad en la solución de los problemas urbanísticos planteados dentro de una realidad social determinada». Intereses particulares serán aquellos que favorezcan de forma exclusiva, bien a sujetos integrantes del Ayuntamiento o Comunidad

Autónoma, que son quienes deciden sobre el plan, bien a terceras personas a quienes se quiera privilegiar.

2. Sujetos activo y pasivo del delito.

En lo relativo al sujeto activo del delito, estamos ante un delito especial propio, puesto que sólo puede ser cometido por una autoridad o un funcionario público¹⁵. La definición de funcionario o autoridad no coincide a efectos penales con la definición en derecho administrativo. Los conceptos penales de autoridad y funcionario son más amplios que los administrativos¹⁶.

El concepto de funcionario o autoridad aparece definido a efectos penales en el art 24 del CP.

El art. 24 ofrece una pauta interpretativa del concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales, añadiendo que la aplicabilidad del art. 24 no exige la incorporación a un cargo escalonado de la Administración, ni la permanencia de los servicios. A efectos penales lo decisivo es que la persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del Derecho administrativo, y ejerciendo una actuación propia de la Administración Pública (SSTS 2361/01, 4-12; 307/01, 27-02; 73/01, 19-1)¹⁷. Esto es, con estar “encargado de cumplir funciones

15 GOMEZ TOMILLO, M., Urbanismo, función pública y Derecho Penal. COMARES, 2000; MARTÍNEZ –BUJAN PÉREZ, C: Derecho Penal Económico y de la Empresa. Tirant lo Blanch 02/2011

16 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1 del 28 de Marzo del 2006 (ROJ: STS 7937/2006) Recurso: 2067/2004 [Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, señalando en su Fundamento Jurídico vigésimo séptimo, último párrafo, que: “funcionario público del recurrente a efectos del art. 320.1 CP., no siendo ocioso recordar que el art. 24 CP da un concepto de funcionario público más amplio que el que utiliza el derecho administrativo a través del art. 130.2 del Texto refundido del Régimen Local de 18.4.86, al no requerirse la nota de incorporación ni la de permanencia a través de su incorporación a las plantillas de funcionario, y así la jurisprudencia ha tenido que aclarar que el Código Penal da "un concepto de funcionario público propio y privativo de este cuerpo jurídico, y que no se trata pues, de una norma en blanco que pueda remitir la definición a otras disposiciones del Derecho Administrativo o Laboral, con las que puede no concordar(STS. 11.10.93)”.

17 Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 1, de fecha 28 de enero de 2010, Roj: SAP GC 170/2010, Recurso: 114/2006, Resolución: 3/2010, Ponente: PEDRO JOAQUIN HERRERA PUENTES, FJ “TERCERO.- Dicho esto, y comenzando por la autoría, no se ha de perder de vista que los responsables de la prevaricación han de tener la cualidad de funcionario público o autoridad, y para ello se ha de tener presente, atendiendo a la fecha de los hechos y normativa aplicable, lo dispuesto en el art. 119 del C. Penal de 1973, donde se determina que a los efectos penales se considera funcionario público a todo aquel que, por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de la autoridad competente, participa en el ejercicio de las funciones públicas. Este concepto extensivo, el cual no tiene por qué coincidir con el determinado por el derecho administrativo, ha sido delimitado por el TS para el orden penal, atendiendo a la naturaleza de la función y la oficialidad del organismo, o a la concurrencia de un doble elemento: el subjetivo o personal, (se requiere disposición inmediata de la ley o elección o nombramiento de la autoridad competente); y el objetivo o de actividad, (participación en el ejercicio de funciones públicas). Sin duda estas notas concurren en los tres acusados, quienes ostentaban

propias de la administración pública en una autoridad o en otra instancia, o por mandato de ella, con independencia de la forma de organización elegida para el cumplimiento de la función.

La Administración, cada vez con más frecuencia, recurre a asesores o despachos de especialistas interesando informes, proyectos y documentos similares, los cuales pueden tener a su vez un efecto decisivo en el resultado delictivo final. No se puede hacer una interpretación extensiva incorporando estos supuestos a los sujetos activos que vienen expresamente referidos en el artículo 320 CP. Ahora bien, señala que no sería en modo alguno descartable que se pudiera proceder contra los mismos en base al artículo 28 b) del Código Penal, considerándolos autores por cooperación necesaria.

Ahora bien, debido a que en el ámbito del urbanismo, operan con frecuencia empresas tanto públicas como privadas prestando diferentes servicios, se plantea la cuestión de determinar si estas, -o incluso sus respectivos empleados-, ejercen funciones públicas, cuando tengan atribuidas funciones de asesoramiento técnico e informe y su actuación condicione el otorgamiento de licencias. No cabe duda que son función pública tanto las actividades desarrolladas por los llamados organismos públicos de mano pública, como las ejecutadas por particulares en virtud de un acto de delegación de la Administración pública. En el resto de los casos, creemos que habrá que estar a la casuística para determinar en cada caso concreto si en el momento de cometer la infracción estaba desempeñando una función pública.¹⁸

Cuando las empresas privadas ejerciten funciones públicas cabe la posibilidad de interpretar que su incorporación se realiza por “disposición de ley” o incluso por nombramiento de autoridad competente, cabría considerar a los directivos de la misma como funcionarios públicos y por ende, habría que acudir al art. 31 C.P. para imputar el delito del art. 320.1 C.P. a los administradores de hecho o de derecho de dichas empresas colaboradoras.

en el momento de la comisión de los hechos la condición de tenientes de alcalde, (concejales), de la entidad local, Ayuntamiento de Fargas, para la que actuaban en virtud de las facultades conferidas y atribuidas y en cuyo ámbito desarrollaban la función pública que se le había encomendado.”

18 Artículo 121 del Código Penal establece, que: «El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando estos sean autoridad, agentes y contratados de la misma...»

El sujeto pasivo del delito, es la comunidad o la colectividad.¹⁹

Además de ser funcionario público o autoridad, ha de ser competente para informar o para inspeccionar y ha de tener competencias decisorias para votar o resolver los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes. Solo serán sujetos activos del artículo 320 C.P. siempre que estando incorporados y actuando como tales, tengan encomendada la específica función de emitir informes, realizar inspecciones o adoptar resoluciones relativas a los respectivos ámbitos competenciales. Al legislador penal le interesa la participación del sujeto en el funcionamiento de la misma y si de ese sujeto depende la correcta ejecución del servicio público

Así, en principio, los sujetos activos serán los encargados de los servicios técnicos o jurídicos con que cuente esa corporación; en caso de no contar con esos servicios se tratará de quienes realicen esa labor en la entidad comarcal o metropolitana en que aquella corporación esté integrada o bien en el servicio de asistencia urbanística que la Diputación Provincial tuviese establecido para el concreto municipio. Todo ello sin perjuicio de que la concreta normativa autonómica no tenga asignada esa labor a un órgano autonómico. Serán autores de la esta conducta típica del apartado primero del art. 320 todos aquellos funcionarios públicos, principalmente, y autoridades, de la Administración Local (funcionarios municipales), pero también Autonómica, Diputación provincial e incluso Entidades comarcales y metropolitanas, siempre que intervengan en el expediente administrativo tramitado, y que sean competentes para la emisión informe favorable técnico y/o jurídico, o que omitan una inspección, todo ello de conformidad con el art. 4.2 Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (RDU), sin perjuicio de lo que disponga la legislación autonómica que en su caso regule el procedimiento de solicitud y concesión de las licencias urbanísticas, que será de aplicación preferente al procedimiento previsto en el art. 9.1.1481 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales

19 SOUTO GARCÍA, E.M.: Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial (dirigido por Patricia Faraldo Caba y coordinado por Luz María Puente Aba) Tirant lo Blanch, Valencia, 2011

RODRIGUEZ LÓPEZ. “Medio ambiente, territorio, urbanismo y Derecho Penal”. Año: 2007.

(R.S.S.C.C.L.). La conducta del art. 320.2 C.P. será achacable a las autoridades las que por lo general voten o resuelvan, más que al funcionario público. La conducta se atribuye con carácter primigenio al alcalde, salvo cuando el propio alcalde delegue aquella competencia.

La emisión de informes favorables en contra de la normativa urbanística es una conducta realizada por un sujeto distinto a aquel que finalmente concederá la licencia de edificación y si tales informes contribuyen a que ésta se conceda, asimismo, en contra de aquella normativa estaríamos ante una conducta con forma de participación. También puede suceder que se emita un informe favorable contra la normativa urbanística, pero que la subsiguiente licencia no llegue a concederse, con lo que nos encontraríamos ante una suerte de «tentativa de participación» que el legislador ha tipificado como conducta autónoma de prevaricación urbanística.

El delito de prevaricación urbanística es un delito especial, de propia mano, que solo pueden cometer los funcionarios públicos o autoridades a efectos penales, los particulares, “extranei”, no pueden ser autores ni directos ni mediatos, pero sí pueden participar.

No existe en el artículo 320 del Código Penal párrafo alguno equivalente que permita considerar como autores de un delito de prevaricación urbanística a una persona jurídica.

3. Conductas típicas.

El legislador ha recurrido a la técnica, utilizada en otros lugares del Código Penal, consistente en equiparar penológicamente la participación (inducción mediante emisión de informes) a la autoría (votación o resolución), lo cual en estos delitos viene respaldado por el nivel técnico o especialización requerida para adoptar la decisión a adoptar que hace del informe emitido una *conditio sine qua non* de aquella²⁰.

3.1.- Primera modalidad de conducta: emisión de informes favorables.

Los informes favorables han de recaer sobre instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación y construcción o edificación, y sobre la concesión de licencias urbanísticas.

20 SANTANA VEGA, Mª D., en “Comentarios al Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S.,

Incluye prácticamente cualquier informe susceptible de amparar una actuación constitutiva del delito contra la ordenación del territorio y el urbanismo.

²¹ Se define la acción de informar como “... suscribir un dictamen en el que se formula un juicio sobre la viabilidad de un asunto determinado”.

La actividad consistente en “informar” por parte del órgano consultivo competente, es en puridad un acto de trámite al que cabe dotar de consideración de acto administrativo en cuanto consiste en emitir un juicio, deseo o conocimiento sobre la viabilidad de un asunto consultado al funcionario competente ²².

El informe ha de ser favorable y por tanto los desfavorables son atípicos ²³. Todo lo más, podría dar lugar al castigo del funcionario informante como partícipe – complicidad, caso de no ser vinculante o cooperación necesaria, caso de serlo- de los funcionarios autores de las conductas descritas en los números 1 o 2 del art. 320 CP. Puede suceder que a sabiendas de su injusticia, el funcionario emita un informe desfavorable contrario a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes. En este caso, y dado que únicamente puede considerarse lesionado el correcto ejercicio de la función pública, de comprobarse la connivencia de este funcionario con el que, en atención a dicho informe desfavorable, resuelve desestimando la concesión de licencia, cabe responsabilizar al funcionario competente en la emisión del informe como partícipe (cooperador necesario, art. 28 b CP) del delito de prevaricación previsto en el artículo 404 C.P.

No aclara el tipo a qué clase de informes se refiere, ni da base alguna para excluir una determinada modalidad, ya sean preceptivos o no, técnicos o jurídicos.

Los informes técnicos son los realizados por los técnicos de los municipios, arquitectos, aparejadores e ingenieros, que verifican la adecuación del proyecto técnico que acompaña a la solicitud de licencia, o a la comunicación de obra.

Los informes jurídicos realizados por el abogado o jurista del municipio, o contratado por este para tales funciones, verifican que la documentación y proyecto presentado con la licencia o comunicación, se adecuan a la legislación vigente, sobre la materia.

21 GOMEZ TOMILLO, M., “Urbanismo, función pública y Derecho Penal” Comares, 2000

22 GORRIZ ROYO, E., “Los delitos de prevaricación”. Tirant lo Blanch, 2004.

23 GORRIZ ROYO, E.: “Los delitos de prevaricación”, ob. cit.

La doctrina se ha sometido a debate la exigencia de que los informes a que se refieren el artículo 320 C.P. sean preceptivos o no. Destacando de un lado la postura de quienes entienden que es indiferente que los informes sean preceptivos o vinculantes de este parecer DE LA MATA BARRANCO. Otros que exigen que al menos sean informes preceptivos en este sentido PAREDES CASTAÑÓN²⁴ “sostiene que los informes deben ser preceptivos “... cobrando con ello toda su importancia el acto de informar”. SOUTO GARCÍA²⁵ sostiene que se debe restringir la aplicación del tipo penal a los casos en que el informe puede influir de forma efectiva en la resolución autorizadora, en la medida en que la resolución injusta se manifiesta como consecuencia directa o necesaria del informe. Solo entonces puede decirse que la emisión del informe tiene la capacidad de incidir sobre el bien jurídico protegido.

Según GOMEZ TOMILLO cabe no solo la posibilidad de informar por escrito sino también de forma oral²⁶, si bien en todo caso, el informe deberá reunir los requisitos precisos para ser admitido en el procedimiento de otorgamiento de licencia o al menos tener apariencia formal suficiente.²⁷

3.1.1. Objetos de las conductas típicas.

Instrumentos de planeamiento: Según MARTÍNEZ –BUJÁN,²⁸ se trata de cualquier plan urbanístico o relativo a la ordenación del territorio susceptible de ser aprobado en ejercicio de la potestad de planeamiento, con lo que ahora la esfera de la prevaricación se extiende además a supuestos no relacionados con el proceso de otorgamiento de licencias, como son señaladamente los procesos de reclasificación y recalificación del suelo y del territorio.

24 PAREDES CASTANON, J.M. “Los delitos sobre la Ordenación del Territorio”, Revista Quincenal de Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales y otros Tribunales, Pamplona, Septiembre, no 8, 2000.”

25 SOUTO GARCÍA, E.M., “Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial” (dirigido por Patricia Faraldo Caba y coordinado por Luz María Puente Aba) Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

26 En este sentido, GOMEZ TOMILLO, M., “Urbanismo, función pública y Derecho Penal” Comares, 2000.

27 Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 1ªa, de fecha 23 de marzo de 2009, Roj: SAP MA 4075/2009, Recurso: 43/2009, Resolución: 157/2009, Ponente: AURORA SANTOS GARCIA DE LEON, declara en los Hechos Probados: “el acusado Constancio, actuando como asesor jurídico de hecho de la Corporación Municipal, emitió informe verbal, en virtud del cual afirmaba la viabilidad legal de otorgar la licencia solicitada al adecuarse a los parámetros urbanísticos establecidos en el Documento de Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Marbella”

28 MARTÍNEZ –BUJAN PÉREZ, C: Derecho Penal Económico y de la Empresa.

Con la inclusión de esta referencia normativa, se ha favorecido que la intervención penal se extienda al tan discutido proceso de reclasificar y recalificar el suelo y el territorio. La aprobación de instrumentos de planeamiento urbanístico en contra de los intereses generales y en beneficio de intereses privados –el denominado fenómeno de las «recalificaciones» del suelo.

Aunque pueden existir diferencias autonómicas, entre los instrumentos de planeamiento podemos distinguir, “planes de ordenación del territorio”, “planes urbanísticos” propiamente dichos. Se distingue el “planeamiento general ” con el Plan General de Ordenación Urbanística como figura más importante, y “planeamiento de desarrollo”, en el que podemos encontrar instrumentos como el Plan Parcial de Ordenación, el Plan Especial y el Estudio de Detalle, último escalón del planeamiento al que le es de perfecta aplicación el tipo examinado.

Proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación: Suelen ser los instrumentos que, dependiendo del tipo de obra, pueden integrar el llamado expediente de concesión de licencias que, por lo general, se compone del informe técnico y jurídico y de la propia solicitud de una licencia.

Proyectos de urbanización su finalidad es llevar a la práctica las determinaciones del planeamiento general en suelo urbano y del planeamiento de desarrollo en suelo urbanizable. El art. 320.1 CP castigara al funcionario público o autoridad que informe a favor del proyecto técnico que tiene que acompañar al proyecto de urbanización. Con respecto al art. 320.2 CP, el anterior castigo al funcionario informante es independiente, del que corresponda al funcionario o autoridad que vote o resuelva a favor, así como de la conducta del particular que, a su amparo lleve a cabo la obra de urbanización, a la que expresamente se refiere el art. 319. CP.

Parcelación El artículo 257 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, establece que la parcelación es la división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes cuando puede dar lugar a la constitución de un núcleo de población.

SANTANA VEGA sostiene que “una interpretación acorde con el bien jurídico protegido en este delito excluye del ámbito de protección del mismo a las parcelaciones y reparcelaciones agrarias o rústicas que son aquellas que no puede dar lugar a la formación de un núcleo de población y que se realiza a los fines del aprovechamiento agrario o de la explotación de los recursos naturales de las fincas.”

Reparcelación la reparcelación es un instrumento de servicio público para obtener como finalidad la ejecución del planeamiento.

El art. 320.1 castiga al funcionario que informa técnicamente el proyecto de reparcelación, dejando para el número 2, la votación a favor o resolución política del mismo.

Proyectos de edificación se trata del proyecto de construcción de un edificio o instalación complementaria al mismo. El proyecto de edificación viene definido en el artículo 4 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), como “conjunto de documentos mediante los cuales se definen y determinan las exigencias técnicas de las obras...”. El proyecto técnico es, un documento técnico, que acompaña a la licencia para edificar.

Proyectos de Construcción antes de la reforma de 2010 en la jurisprudencia se venía interpretando que, al tener que recaer el informe exclusivamente sobre “proyectos de edificación”, quedaba fuera de la esfera del tipo penal los informes que tiene por objeto las reconstrucciones y rehabilitaciones de lo ya construido, así como los proyectos de urbanización (SAP Toledo 28.06.2005 y STS 23.05.2003).

Licencias acto administrativo de autorización o declarativo de derechos, de carácter reglado, por virtud del cual se lleva a cabo un control previo de la actuación proyectada por el administrado verificando si se ajusta o no a las exigencias del interés público tal y como han quedado plasmadas en la ordenación vigente. (Sentencias de 16 de marzo y 2 de abril de 1998 de la Sala III del Tribunal Supremo) Se trata de una autorización de carácter reglado que sin perjuicio de tercero, permite la ejecución de obras o la utilización del suelo que los instrumentos urbanísticos han previsto en cada momento. Se trata de una autorización de objetiva, neutral, reglada y motivada. (SAP de Toledo, 2ª, 28-6-05)²⁹.

Entre ellas se encuentran las de edificación, obras e instalaciones, las de parcelación, las de ocupación y utilización, las de usos y obras provisionales o las de demolición.

La concesión de licencias requiere de preceptivos informes técnico y jurídico.

29 RODRIGUEZ LOPEZ, P.” Medio ambiente, territorio, urbanismo y Derecho penal”. Bosch, S.A., 2007

El art. 9 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCCLL) regula el procedimiento de concesión de tales licencias, estableciendo en su no 1.1 que “Se presentarán en el Registro general de la Corporación, y si se refieren a ejecución de obras o instalaciones, deberá acompañarse proyecto técnico con ejemplares para cada uno de los organismos que hubieren de informar la petición”. Esto habrá de ser informado por el funcionario público. Esos informes pueden ser técnicos como jurídicos.

Por el carácter eminentemente técnico de los informes deberán ser informados por los Servicios de Arquitectura, Ingeniería o Urbanismo del Ayuntamiento. Por lo que respecta al informe jurídico, todo apunta a que serán los asesores jurídicos municipales³⁰.

3.1.2.- Prevaricación en el ámbito de inspecciones urbanísticas.

El elemento objetivo del tipo es «que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio».

Hasta la reforma del Código penal, el delito de prevaricación urbanística requería una actitud activa.

30 Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha 25 de abril de 2007, Roj: SAP MA 1829/2007, No de Recurso: 263/2006, Resolución: 256/2007, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, en el mismo sentido continua, FJ 3º: “Cierto es que para calificar de prevaricación urbanística el otorgamiento de la licencia no basta y por supuesto no es suficiente que no se hayan incorporado los correspondiente informes jurídicos y técnicos, pero si denota una cierta irregularidad, que considerada en su conjunto con los demás infracciones de normas urbanísticas nos pone de relieve, la ilegalidad en la concesión de las licencias urbanísticas, que no solo bordean la ilegalidad sino que caen de lleno en ella. El art. 120.1 Reglamento de planeamiento dispone que "la aprobación inicial de los planes, Normas.... determinará por sí sola la suspensión del otorgamiento de licencias para aquellas áreas del territorio objeto del planeamiento, cuyas nuevas determinaciones supongan modificación del régimen urbanísticos vigente. No obstante, podrán concederse licencias basadas en el régimen vigente, siempre que se respeten las determinaciones del nuevo planeamiento". Es decir no se debió conceder ninguna licencia cuando existía una revisión del planeamiento y la calificación del suelo que se preveía no coincidía con el anterior planeamiento. Igualmente se quebranta el Reglamento de disciplina urbanística donde se exige que en todo expediente de concesión de licencia urbanística conste informe técnico y jurídico. Así se acredita que se ha infringido el Art. 3 y 4 del Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, el primero de ellos determina que las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones y determinaciones de la Ley del Suelo, de los Planes de Ordenación Urbana y programas de actuaciones Urbanística, y en su caso las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento de las normas y ordenanzas reguladoras sobre uso del suelo y edificación. Así como el art. 4 párrafo segundo, dispone: "Que en todo expediente de concesión de licencia constará informe técnico y jurídico, cuando la entidad otorgante cuente con los servicios correspondientes".”

Este elemento objetivo describe la situación en la que una autoridad o funcionario no emita un informe ante una infracción urbanística observada en una visita de inspección o bien no realice una inspección de carácter obligatorio, es decir, cuando se tenga conocimiento de una posible infracción urbanística a través de los medios de la administración o la puesta en conocimiento por otra administración o un particular.

3.1.2.a) Silenciar infracciones detectadas u omitir las inspecciones. Comisión por omisión.

La redacción dada por la reforma de 22 de Junio de 2010, tipifica como delito ciertas conductas por omisión:

Conducta típica por omisión silenciar la infracción de las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, a sabiendas de su injusticia, con motivo de la realización de inspecciones de carácter obligatorio.

La omisión de la preceptiva labor inspectora legalmente asignada a la administración, así como los supuestos en que la inspección se realiza, pero las ilegalidades resultan silenciadas por el funcionario que la lleva a cabo. Unido a la solución jurisprudencial que permite sancionar la comisión por omisión (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997), en aquellas personas en las que recae la posición de garante, como los Alcaldes, completa el tipo.

La tipificación de la conducta omisiva supone el reconocimiento por el legislador de una solución adoptada por la jurisprudencia de la que fue exponente la sentencia de la Sala II del TS de 24 de mayo de 2003, a las situaciones en la que los obligados de impedir o denunciar no lo realizaban. La inclusión de estas conductas venía siendo reivindicadas por la doctrina³¹, debido no solo a que guardan paralelismo con otras análogas en el seno de la protección del medio ambiente, sino también por la dificultad de castigar por la misma, en comisión por omisión, al funcionario.³² Estamos ante una clara modalidad omisiva del delito que parte, de manera evidente, de la indiscutible posición de garantía (art. 11 del Código Penal) que el ordenamiento jurídico (art. 47 de

31 GORRIZ ROYO, E., “Los delitos de prevaricación”. Tirant lo Blanch, 2004.

32 El Tribunal Supremo para la existencia de este delito en su modalidad de comisión por omisión requiere que concurren los siguientes presupuestos: a) una situación típica, b) ausencia de la acción determinada que le era exigida y c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo. Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997.

la Constitución) atribuye a las administraciones públicas en general, -y a los municipios en particular.

La primera modalidad de conducta omisiva consistente en silenciar infracciones, había sido demandada por una parte de la doctrina penal especializada. Su previsión implica que ahora los funcionarios con competencias en la inspección quedan incluidos en el círculo de sujetos activos de este delito especial.

El sujeto activo ha de ser precisamente aquel funcionario que sea competente para la realización de las tareas de inspección y que además las haya llevado a cabo efectivamente (“con motivo de inspecciones”). El injusto surge entonces cuando este funcionario ha detectado dichas infracciones y no da cuenta de ellas.

Con respecto a la segunda modalidad de conducta omisiva, las inspecciones de carácter obligatorio a que se refiere la norma penal, entendemos que serán todas aquellas que establecen la normativa urbanística o ambiental autonómica, las ordenanzas municipales o las órdenes concretas de la autoridad competente municipal.

Se pueden considerar como las más frecuentes y típicas:

Licencia de 1ª ocupación, actividades clasificadas, obras de urbanización, y otras similares. En estos casos, cometería el delito tipificado en el artículo 320 del Código Penal, aquel técnico que al efectuar una de estas inspecciones, omitiera informar sobre una infracción urbanística, a sabiendas de la injusticia que comete.

Omitir la realización de inspecciones de carácter obligatorio. En este caso el delito consiste en no efectuar la inspección obligatoria. Parece que se sanciona la simple conducta de no efectuar una inspección obligatoria, aunque después resulte que las obras o actividades estaban perfectamente acomodadas a la normativa urbanística o ambiental que regula la materia. La tesis de³³ propone la restricción teleológica del ámbito de la norma, exigiéndola afección a los dos bienes jurídicos protegidos en el precepto penal. Según MARTÍNEZ- BUJÁN la necesidad de que dicha omisión haga posible la aparición o el mantenimiento de una infracción urbanística grave o, que exista una conducta penalmente típica contra la ordenación del territorio.³⁴

33 GORRIZ ROYO, E., “Los delitos de prevaricación”. Tirant lo Blanch, 2004.

34 MARTÍNEZ-BUJÁN “ Habrá que acreditar debidamente el dolo del omitente, quien, por lo demás, siempre podrá invocar justa causa para eliminar la responsabilidad penal”

La doctrina discute cual es la obligación de los numerosos técnicos- funcionarios que podrían realizar la inspección, un funcionario público de cualquier grupo de titulación, pero específicamente encargado de ello: puede ser un ordenanza, un celador de obras, un agente de la policía local, un técnico municipal... es decir, un grupo diverso de personas con conocimientos variables acerca del planeamiento local y de la normativa de ordenación del territorio, disciplina urbanística, medio ambiente, actividades y patrimonio histórico artístico.

Ahora bien, siguiendo la jurisprudencia del TS, "... el hecho de que la conducta se pueda cometer por omisión, no implica que no sean exigibles los restantes requisitos de este tipo penal, como son el elemento subjetivo, en este caso de forma necesaria el dolo de la acción (u omisión), es decir, no basta la inactividad de la Administración por el hecho de no haber dictado una resolución expresa". O en este caso omitido una inspección.

Será necesaria una interpretación de la jurisprudencia respecto al cumplimiento de los elementos de la conducta omisiva, que en todo caso ha de entenderse y acreditarse su carácter doloso y no culposo, especialmente teniendo en cuenta la falta de capacidad de muchos ayuntamientos para hacer frente a los expedientes administrativos sancionadores. Sin duda este último elemento objetivo va a conllevar graves problemas para los municipios con pocos recursos que en muchos casos se ven totalmente incapacitados para tramitar sus expedientes de disciplina urbanística y ejercer debidamente las labores de inspección.

La incorporación al Código de estas conductas omisivas, no ha de ser interpretada como si se quisiera someter a control desmedido la actuación de los funcionarios encargados del control. En efecto, una cosa es la conducta del encargado de la inspección que "a sabiendas de su injusticia", no realiza una inspección para no detectar irregularidades, o que realizada la misma, las silencia, y otra muy distinta que a la vista de la falta del personal existente en muchos casos en las inspecciones urbanísticas, las personas que allí trabajan no den abasto con su trabajo y no puedan realizar todas las inspecciones que debieran: en estos casos, faltaría el elemento subjetivo, en todo caso.³⁵

35 ACALE SANCHEZ, M., "Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo". Bosch. 2011

MARTINEZ-BUJAN señala que en estos casos el omitente siempre podrá invocar justa causa para eliminar la responsabilidad penal.³⁶

No se tipifica como delito el no informar los instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias, aunque los informes técnico y jurídico para aprobar dichos documentos sean preceptivos.

Tan solo un breve apunte con respecto a un posible silencio administrativo. El art. 242.6 TRLS de 1992, a tenor del cual: “en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico.” Y en consecuencia, las conductas contra legem, no pueden beneficiarse del silencio administrativo positivo.

Las comunicaciones previas de obra

El 12 de diciembre de 2006, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión adoptaron la directiva 2006/123/CE, el estado español promulgó la Ley 17/2009 de 23 de noviembre, sobre el libre acceso de las actividades de servicio y su ejercicio, desarrollada posteriormente por la Ley Estatal 25/2009, de 22 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior. La directiva establecía varias medidas de implementación por parte de los estados miembros, tendentes a la simplificación de los procedimientos administrativos, garantizar la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y las tendentes a la libre circulación de servicios.

En algunas legislaciones municipales se ha optado ya por declaración responsable y comunicación previa sin sujeción a licencias con una tramitación más simplificada y sin resolución de órgano competente, salvo en los casos de inspección e informes técnicos desfavorables. En estos supuestos la no realización de la inspección o el silencio cuando se compruebe una infracción de las normas urbanísticas o de ordenación del territorio, daría lugar a la aplicación de lo previsto en el art 320 CP.

3.2.- Artículo 320.2 CP.

Las conductas típicas consisten en “resolver o votar a favor”, ya sea de forma individual o como miembro de un organismo colegiado. Respecto a las resoluciones, se tratan del acto administrativo o acuerdo de órgano unipersonal, que normalmente

36 MARTÍNEZ –BUJAN PÉREZ, C: Derecho Penal Económico y de la Empresa. Tirant lo Blanch 02/2011.

además de ir firmadas por el alcalde o concejal, además de por la persona que ejerza las funciones de secretario.

Respecto al voto a favor de aprobación, se entiende el emitido en el punto correspondiente aprobatorio por el órgano colegiado respecto a la licencia o instrumento descrito como segundo elemento objetivo.

El objeto del voto o la resolución está constituido por los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias, por lo que se amplían igualmente en este tipo delictivo.

Junto a la modalidad individual, se ha incriminado de forma expresa una suerte de prevaricación colegiada³⁷, en cuanto se requiere la participación colectiva en la emisión de resoluciones en materia urbanística.³⁸

3.2.1.- Conducta de votar o resolver favorablemente.

En la conducta de “resolver”, para su definición cabe acudir a la sostenida por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria en relación con el delito del art. 404 C.P., “cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad, de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, bien sea expresa o tácita, escrita u oral” (STS 460/2002 de 16 de marzo)

La resolución no es necesario que ponga fin a la vía administrativa o al procedimiento administrativo que la ha generado, lo que equivale a decir que puede tratarse de una resolución todavía recurrible. (SSTS 26.06.2003. RJ 2003/4364 o 16.05.2002. RJ 2002/5449)

Podría interpretarse³⁹, que la conducta de “votar” se cometerá cuando dicha concesión se someta a la decisión de un órgano colegiado, mientras que la de “resolver” acaecerá si se trata de la decisión de un órgano unipersonal.

37 PAREDES CASTANON, J.M., “Los delitos sobre la Ordenación del Territorio”, Revista Quincenal de Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales y otros Tribunales, Pamplona, Septiembre, nº 8, 2000.

38 STS 1312/1994, de 24 de junio (RJ/1994/5031) “no sólo pueden llevar a cabo la acción delictuosa los funcionarios en cuanto ejercientes de un órgano unipersonal, sino también los miembros de un órgano colegiado. Tanto quienes lo presiden como o que de él forman parte, siempre que concurren en cada uno de ellos las exigencias establecidas en la norma penal”.

39 De Vicente Martínez, R. “La responsabilidad penal de la Administración Urbanística: el párrafo 2º del artículo 320 del Código Penal” en delitos contra el urbanismo y ordenación del territorio, ed. Al

Antes de la reforma de 2010, se planteaba la duda de a que iban referidas las acciones de votar y resolver optándose por lo general por entender, que se aludía a la concesión de licencias. Ahora resulta evidente que las acciones de votar o resolver han de ir referidas a todos los instrumentos, proyectos y licencias indicados en el apdo. 1º del art. 320 CP. Entre otras consecuencias, ello comporta que actualmente pueden calificarse de delictivas las votaciones o resoluciones con que se aprueben un plan o modificación del planeamiento injustos y arbitrarios.

La competencia para otorgar licencias se atribuye en principio al alcalde, salvo que las leyes u ordenanzas o el propio alcalde lo asignen a un órgano colegiado.⁴⁰

Parte de la doctrina ha planteado en este punto qué sucede en los casos de abstención, lo que abre el interrogante de la posible responsabilidad por omisión en este tipo de prevaricación administrativa. Los supuestos en los que el sujeto activo se abstenga, vote en contra o en blanco, serán impunes, salvo que la abstención sea decisiva para conseguir la mayoría política necesaria, en cuyo caso estaríamos ante una cooperación necesaria.

4. Tipo subjetivo.

El delito debe cometerse «a sabiendas de su injusticia», es decir, sólo cabe su comisión dolosa y no culposa. Quiere decir que debe acreditarse para considerar a una autoridad o funcionario público como sujeto del delito que conoce de la ilegalidad de su informe.⁴¹ Debe cometerse «a sabiendas de su injusticia», sólo cabe en ambos, su comisión dolosa y no culposa. La lectura de los apartados 1 y 2 del artículo 320 del Código Penal deja patente que, como viene siendo ya tradicional en relación con las figuras delictivas de prevaricación, ambos tipos de injusto tienen en común lo que en técnica jurídico-penal viene calificándose como actuación injusta.

Lo que significa que no habría infracción en caso de que la autoridad o funcionario público competente para emitir el informe se equivocara acerca de la adecuación o inadecuación del informe con la legalidad urbanística. Debe acreditarse

cuidado de De la Mata Barranco, Colección Urbanismo y Medio Ambiente, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati. Año: 1996.

40 MARTÍNEZ- BUJAN PÉREZ, C. “Derecho Penal Económico y de La Empresa”

41 Así, la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 22 de Septiembre de 1.993, afirmaba que: «...obrar a sabiendas de la injusticia de la resolución que dicta [...] entraña una forma de dolo reforzado o reduplicado que se viene entendiendo en el sentido de que el sujeto activo ha de tener una clara consciencia de la arbitrariedad o ilegalidad de la resolución (SS. de 30 de Diciembre de 1.972, 5 de Junio de 1.989 y 25 de Mayo y 26 de Junio de 1.992)».

para considerar a una autoridad o funcionario público como sujeto del delito que conoce de la ilegalidad de su informe. La modalidad imprudente solo se sancionara en el ámbito administrativo⁴².

El carácter injusto de este acto típico, debe de estar más allá de una mera contrariedad objetiva con el Derecho, ha de suponer que estamos ante una situación de abuso o desviación de poder. La jurisprudencia penal suele acudir a una interpretación que no arroja suficiente luz al análisis de los casos concretos cuando requiere que la injusticia sea «evidente, patente, flagrante y clamorosa» o «grosera».⁴³

La jurisprudencia ha sido clara desde antiguo a la hora de interpretar este requisito en relación con las figuras genéricas de prevaricación⁴⁴.

42 «El delito de prevaricación urbanística supone la infracción, a sabiendas, de las obligaciones de observar la normativa urbanística, cuyo incumplimiento genera la responsabilidad penal. La estructura típica de la prevaricación responde a los denominados delitos de infracción de deber del funcionario, que ocupa una posición de garante respecto a los bienes jurídicos que la administración, a través suyo, tutela. La conducta de quien infringe las obligaciones señaladas son infracciones de un deber que merecen un especial reproche penal. Para la subsunción es preciso que el relato fáctico refiera la norma infringida con expresión de la concreta acción realizada en una aplicación arbitraria de la norma que debe observar.» (STS 2ª-28/05/2009-2454/2008).

43 Así, como es conocido, el delito del artículo 404 CP exige que una autoridad o funcionario público dicte una resolución arbitraria, en materia administrativa, a sabiendas de su injusticia. Se requiere, pues, en primer lugar, que el funcionario, entendido en sentido amplio, dicte una resolución. Aunque existen discrepancias sobre el alcance que hay que otorgar al concepto de «resolución», parece que existe acuerdo en que implica siempre una declaración de voluntad que implique una decisión (SSTS 31 de marzo de 2004; 8 de junio de 2006, etc.). La resolución dictada ha de ser arbitraria. Este calificativo ha de entenderse como equivalente a injusta ya que al requerir el tipo que el funcionario obre «a sabiendas de su injusticia», está disponiendo no sólo que el sujeto obre consciente de la injusticia del informe, sino, al mismo tiempo, que sea objetivamente injusta. La injusticia debe ser medida en relación con el ordenamiento jurídico. Es injusta, pues, la resolución que es contraria a aquél, la que se aparta de modo objetivo de lo que es jurídicamente admisible. Sin embargo, ni es suficiente con que se dicte una resolución contraria a las convicciones internas del funcionario, pero ajustada a Derecho, ni una resolución desviada con respecto a la que pueda proceder jurídicamente. Es preciso algo más. Cuando las resoluciones administrativas no se ajustan a derecho el mecanismo previsto por el ordenamiento jurídico es el del recurso correspondiente. No siempre que una resolución administrativa es posteriormente anulada por un órgano jurisdiccional o modificada por la instancia administrativa procede perseguir por prevaricación al funcionario o autoridad que dictó la resolución originalmente. La arbitrariedad es entendida por la jurisprudencia y doctrina dominante como una desviación burda, notoria, patente de la respuesta que debía haber procedido en derecho; en suma, exige «que vaya más allá de la simple ilegalidad, y entre en los términos de la injusticia que existe siempre que se dé una patente, notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico...» (STS de 8 de febrero de 1997, recogiendo una línea jurisprudencial ampliamente difundida; entre otras muchas: SSTS de 16 de mayo de 1992; de 3 de noviembre 1992; 10 de diciembre de 1992; 23 de marzo de 1995; 1 de abril de 1996; 7 de febrero de 1997; 5 de marzo de 1997; 25 de abril de 1997; 12 de mayo de 1997). En definitiva, la ilegalidad conoce grados. Ello obliga a un juicio valorativo que sirva para discernir entre aquello que simplemente se ha desviado de lo jurídicamente procedente de aquellas otras desviaciones que implican un grado de apartamiento del Derecho que las hacen radical y absolutamente insoportables para la comunidad, la cual deben ser reprimidas por medio del Derecho penal, como instrumento más tajante con el que cuenta el sistema. (Sentencia A.P. Palencia 71/2012 de 19 de noviembre).

44 Así, el Tribunal Supremo señaló en su Sentencia de 28 de Octubre de 1.993: «Por resolución injusta entiende la doctrina una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecta a los derechos de los

De acuerdo con ello, parece evidente que nos encontramos ante un tipo penal en blanco que debe ser integrado con los preceptos jurídicos reguladores de la actividad que motiva la emisión de la resolución administrativa o la realización del acto administrativo (en este caso, la normativa urbanística). Será precisamente la transgresión frontal y manifiesta de dichos preceptos a la hora de informar o votar la que permitirá detectar el carácter injusto del comportamiento realizado. El precepto contenido en el art 320 CP, remite a las normas urbanísticas para completarlo. La Ordenación del Territorio, el Urbanismo y la Vivienda se caracterizan por ser ámbitos en los que intervienen los cuatro ámbitos normativos, europeos, estatales, autonómicos y locales. El abanico normativo administrativo es, por tanto, muy amplio.⁴⁵ Existe toda una legislación denominada “normativa sectorial”, como las costas, las aguas continentales, las vías pecuarias, los espacios naturales protegidos, las carreteras, los aeropuertos, la agricultura, el patrimonio histórico... que tienen una protección en leyes estatales o autonómicas que condicionan la ordenación del territorio y el urbanismo. La duda cabe en la tipicidad del otorgamiento de una licencia que viola una ley sectorial, de modo que daría cobertura a unas obras no autorizables por el ordenamiento jurídico.

Dolo eventual. Un sector de la doctrina, entre ellos, ACALE SANCHEZ o GARCIA PLANAS entiende que la exigencia del elemento subjetivo del tipo “a sabiendas de su injusticia” excluye tal posibilidad⁴⁶.

ciudadanos, que está en contradicción con el ordenamiento jurídico positivo, de manera especial con la legalidad administrativa (tanto sustantiva como procesal), que implique un incorrecto ejercicio de la función pública y que se desenvuelva dentro del ámbito administrativo, en cuanto, -según nuestra Constitución-, la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1º C.E.). La jurisprudencia de esta Sala ha declarado que únicamente puede ser reputada injusta la resolución que sea manifiestamente contraria a lo que requieran las normas aplicables y siempre que no pueda atribuirse al acto una interpretación jurídica razonable (S. de 10 de Noviembre de 1.989). En cualquier caso, para que pueda estimarse cometido este delito, es preciso que no exista duda razonable acerca de que la resolución sea manifiestamente injusta, pues, en otro caso, desaparecería el aspecto penal de la infracción para quedar reducida a una mera ilegalidad a depurar en vía distinta de la penal».

45 QUIROS RODRIGUEZ, J.M., “La nueva redacción del Artículo 320 del Código Penal”. Revista de la Guardia Civil, Enero de 2011

46 La utilización del término «a sabiendas» obliga a entender que sólo cabe la comisión del delito por dolo directo, habiendo entendido nuestros tribunales este requisito subjetivo como conciencia y voluntad del acto, esto es, con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea, concurriendo los elementos propios del dolo (SSTS de 16 y 25 May. 1992).

ACALE SANCHEZ, M., “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”. Bosch. 2011

GARCÍA PLANAS, GABRIEL., “El delito urbanístico “Delitos relativos a la ordenación del territorio”. Editorial: Tirant Lo Blanch. 09-1997

La comisión de los mencionados delitos puede realizarse tanto por dolo directo como por dolo eventual. La referencia que realiza el legislador “sabiendas de su injusticia” debe de ser interpretada como conocimiento de la antijurídica de la conducta y no como elemento subjetivo del delito⁴⁷.

5. Consumación.

La conducta tipificada en el punto 1 del artículo 320 CP es independiente, a efectos de punición, de la que aparece en el punto 2 del mismo precepto, de manera que nos encontraremos ante una prevaricación urbanística con el mero hecho de haber informado favorablemente los objetos de las conductas típicas del delito, en contra de lo previsto en la normativa urbanística y de ordenación del territorio, pese a que ello no hubiera dado lugar a la concesión de la consiguiente licencia urbanística o aprobado la resolución..

Entendiendo que se trata de un delito de peligro hipotético o, más precisamente, de aptitud abstracta, se exige una acción apta o idónea para producir la lesión del bien jurídico protegido.

En los supuestos de emisión de informes, la conducta podría ser considerada como participación en la prevaricación del órgano que dicta la resolución arbitraria, pero el hecho de tener un tipo específico permite castigar la conducta de forma autónoma y como autoría, que no como participación. En este sentido SOUTO GARCIA⁴⁸ afirma que para la consumación de este tipo penal no sea necesario que llegue a dictarse la resolución contraria a la legalidad, ni que se haya iniciado siquiera una de las conductas delictivas del art 319. La mera emisión de informes y su agregación a los correspondientes expedientes de tramitación, son acciones suficientes para entender consumada esta figura específica de la prevaricación. Y por tanto al consumarse el tipo en el momento que se emite el informe, no cabe la tentativa.⁴⁹

En el caso del **art 320.2 CP consistente en “resolver” o “votar a favor”**, la consumación se produce en el momento de la resolución o votación, resultando

47 SOUTO GARCÍA, E.M., “Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial” (dirigido por Patricia Faraldo Caba y coordinado por Luz María Puente Aba) Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

48 SOUTO GARCÍA, E.M., “Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial” (dirigido por Patricia Faraldo Caba y coordinado por Luz María Puente Aba) Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

49 SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA., “La expansión del derecho penal” Edisofer 2011

indiferente que se utilice la licencia ilegal concedida o que la votación siga o no adelante.

Con respecto a las conductas que puede cometer **el inspector que omite**, la consumación ha de entenderse en el momento en que la omisión se produce.

Si bien en el caso de omisión de inspecciones obligatorias, será preciso comprobar si efectivamente existe un riesgo de comisión de un futuro delito sobre la ordenación del territorio o una infracción administrativa.⁵⁰ Además de si el funcionario omite la inspección “a sabiendas de ese riesgo”.

6. La cuestión de la irretroactividad en los supuestos de cambio de planeamiento urbanístico.

En este punto es necesario señalar una cuestión fundamental: ¿pueden tener efecto de retroactividad favorable las modificaciones en los planes urbanísticos que consideran urbanizables los terrenos donde se había construido ilegalmente, de manera que el infractor pueda acogerse a una especie de «atipicidad sobrevenida»? La respuesta ha de ser negativa: si se parte de este presupuesto se llega al inaceptable resultado político-criminal de que serían las autoridades locales quienes pudieran decidir la viabilidad de la acción penal precisamente en los supuestos de delincuencia urbanística donde más problemático sería atribuirles esa facultad. Sobre el alcance de la retroactividad favorable en los supuestos de cambios en el planeamiento urbanístico sobrevenidos tras la consumación del delito se ha dicho que equivaldría a vaciar de contenido los delitos contra la ordenación del territorio, ya que para eliminar uno de sus elementos con efectos retroactivos bastaría con algo tan sencillo como modificar el plan urbanístico por parte de la autoridad municipal que tuviese interés en ello. Y es que cuando hablamos de retroactividad penal favorable, las modificaciones de una normativa que, como la urbanística, es extrapenal, no pueden valorarse de igual modo que los cambios que se producen en la legislación penal, so pena de dejar en manos de la autoridades administrativas la tipificación de conductas. La solución más razonable para estos casos es atender a si el cambio producido en la normativa extrapenal es un cambio en la valoración de la conducta antes considerada delictiva o no, que afecte al contenido de injusto del delito. Sólo entonces puede hablarse de retroactividad favorable. Resultaría

50 SOUTO GARCÍA, E.M., “Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial” (dirigido por Patricia Faraldo Caba y coordinado por Luz María Puente Aba) Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

irrazonable apelar a la retroactividad penal favorable «cuando las referidas modificaciones no afectasen al núcleo del injusto del hecho, sino sólo al objeto (que no hay que confundir con el bien jurídico) o a otros elementos fácticos.⁵¹ Por tanto al planteamiento de la doctrina sobre que ocurre en aquellos supuestos en que el funcionario público lleva a cabo un informe favorable contrario a las normas urbanísticas vigentes pero que al poco tiempo cambia la normativa y resulta que el informe se adecua a la legalidad vigente. En tales casos al ser el bien jurídico dual -la ordenación del territorio y la administración pública- se considera que la conducta del funcionario será típica⁵².

* * * * *

51 SILVA SÁNCHEZ, “Hacia un Derecho penal económico” y LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Sobre la retroactividad penal favorable”

52 El concepto de «justicia» permite la aplicación de toda la doctrina jurisprudencial sobre este requisito generada en torno al delito de prevaricación. En este sentido, señala, p.e., la STS de 12 Feb. 2001 que el delito de prevaricación doloso, dictar a sabiendas resolución injusta en asunto administrativo, supone en términos de la STS 2/1999 de 15 Oct., la postergación por el autor del derecho o de su amparo y, por lo tanto, la vulneración del Estado de Derecho. En su comprensión, la Jurisprudencia de esta Sala ha rechazado concepciones puramente subjetivas, basadas en el sentimiento particular y privado de la justicia o injusticia de un actuar del funcionario, requiriendo que el acto enjuiciado sea objetivamente injusto. Hemos acudido, continúa la resolución citada, para afirmar ese carácter de injusto, a calificarlo como «esperpéntico», «clamorosa contradicción con la ley», etc., con los que se ha querido destacar que el acto injusto que expresa el tipo penal se integra no solo con el carácter de ilegal o de contrario a derecho del acto, sino que es preciso que ese acto ilegal sea arbitrario, pues el derecho no es una ciencia exacta sino sujeta a diversas posibilidades de interpretación. La injusticia se concreta pues, no en la ilegalidad sino cuando queda de manifiesto la irracionalidad --entiéndase el término desde su acepción de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos-- de la resolución administrativa. En otros términos, una resolución ilegal no es, solo por ser ilegal, una resolución injusta. Esta supone un «plus» de contradicción con la norma que es lo que justifica la intervención del derecho penal y así el acto es injusto «cuando el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, a los que están sujetos tanto los ciudadanos como los poderes públicos, sino pura y simplemente de su capricho, de su voluntad convertida irrazonablemente en su aparente fuente de normatividad»(SSTS de 23 May. 1998, 4 Dic. 1998 y 18 Mar. 2000).

La imparcialidad u objetividad como bien jurídico protegido en el delito del artículo 441 del Código Penal

~Sra. Dña. María de la Paz Garcés Carbonell~

Fiscal sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

Fiscalía de Área de Ibiza. Socia de la FICP.

El artículo 441, incluido en el Capítulo IX –“De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función”- del Título XIX –“Delitos contra la Administración pública”- del Libro Segundo del vigente Código Penal, dice:

“La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años”

1. La imparcialidad como presupuesto de la objetividad

A fin de que adquiera plena realidad el mandato del artículo 103.1 de la Constitución, según el cual la Administración “sirve con *objetividad* los intereses generales”, el ejercicio de sus funciones públicas por las autoridades y funcionarios públicos ha de estar presidido por la *imparcialidad*.

La imparcialidad de los servidores públicos se erige en presupuesto de la objetividad y que *puede* ser menoscabada si los servidores públicos llevan a cabo actividades privadas cuyo contenido es, precisamente, el del objeto de las funciones públicas que están llamados a desempeñar. Un menoscabo que puede ser meramente potencial que tiene lugar por el *mero hecho* de que el servidor público despliegue, paralelamente al desempeño de su cometido público, una actividad privada cuyo objeto o contenido sea *coincidente* con el de aquél. De ello se concluye que el contenido de antijuridicidad del delito que nos ocupa viene definido por la circunstancia del solapamiento de funciones públicas con actividades privadas.

2. La apariencia de imparcialidad

Más que la imparcialidad propiamente dicha, entiende la doctrina que la *apariencia* de imparcialidad en el servidor público es el bien jurídico a cuya salvaguarda se contrae el artículo 441 CP, que, en consecuencia, resulta lesionado, por

el mero hecho de que aquél realice una actividad privada, que guarde una indubitada relación o *conexión* con las que integran el desempeño de su cometido o responsabilidad como servidor público. Es indiferente, por tanto, para que se realice el tipo del artículo 441 CP el que el servidor público, en el desempeño de su cometido se haya atenido escrupulosamente al cumplimiento o ejecución de la ley (el desvío del mandato legal puede, en su caso, ser constitutivo de un delito de prevaricación), es el mero ejercicio de una actividad privada coincidente con el ámbito que define el cometido público, el motivo o causa de la entrada en juego de la previsión a que se refiere este artículo 441 CP.

Sobre las nociones de *imparcialidad* y *objetividad* se ha construido la *doctrina* acerca del artículo 441 CP vigente y de su precedente inmediato artículo 198 CP 1973.

La objetividad puede verse trastocada si un funcionario o autoridad desarrollan actividades profesionales en las esferas pública y privada a un tiempo, con el riesgo de que los intereses dimanantes de la segunda se superpongan y se les otorgue preferencia respecto a los de la primera.

La noción objetividad, se hace sinónima de la de *transparencia*, el tipo penal que protege la *transparencia* del ejercicio de la función pública y la *imagen* de la administración y su *prestigio* e, incluso, de la de *pureza* de la función pública o *dignidad* en el desempeño de los cometidos público y, sobre todo, de la de *imparcialidad*.

La imparcialidad, “real o aparente”, puede verse afectada por la incidencia de los intereses particulares en las decisiones que adopten o que puedan ser adoptadas en el ejercicio de las funciones y que, en definitiva, se proyecta sobre el buen funcionamiento de la Administración.

3. El régimen de incompatibilidades como garantía de la objetividad

La salvaguarda de los principios de objetividad/imparcialidad aparece vinculada al régimen de *incompatibilidades* de los funcionarios públicos, así como al de conflictos de intereses de los miembros del gobierno y de los altos cargos.

Compete al Derecho Administrativo en primer término evitar la aparición de conflictos de intereses o, en el caso de que aparezcan, adoptar las medidas necesarias para que el funcionario no tome una decisión en esta situación.

En este punto existen básicamente dos clases de reglas:

- Las primeras establecen incompatibilidades con el fin de que determinadas profesiones o actividades, principalmente de naturaleza económica, puedan simultanearse con el ejercicio de funciones públicas. En los últimos años se ha dado un paso más. No se trata sólo de «simultanear», sino también de impedir lo que gráficamente se denominan *puertas giratorias*, esto es, que quien ha ocupado un cargo en la Administración pública; por ejemplo, Secretario de Estado de telecomunicaciones, a los pocos meses esté contratado como alto directivo en una empresa de telefonía móvil. Se trata de crear límites que impidan ir de lo público a lo privado, como si entre ambos sectores hubiera puertas giratorias que permiten el paso con absoluta facilidad.
- Al lado de este primer tipo de técnicas para evitar el conflicto de intereses con carácter general, existen otras que atienden a evitar un concreto conflicto de intereses. Estas técnicas son las de obligaciones de comunicación. La forma más eficaz de luchar contra los conflictos de intereses es que quien se encuentra en esta situación se lo señale a los demás. Una vez que todos están alerta le será más complejo abusar de su posición para beneficiarse o pueden arbitrarse reglas posteriores como la –obvia– de que se abstenga de tomar parte en el asunto administrativo o, por ejemplo, si el conflicto va a permanecer en el tiempo que ponga los bienes o negocios en manos de otra persona para que se los administre de manera independiente.

Una vinculación que ha sido destacada por la doctrina, a partir de la idea de que en el tipo consagrado en el artículo 441 CP, se incriminan incumplimientos graves de las leyes de incompatibilidades en la Administración, elevando a delito ciertas infracciones administrativas, si bien, el tipo legal no está destinado a proteger la normativa reguladora del régimen de incompatibilidades de los funcionarios públicos, que da lugar a las infracciones administrativas correspondientes, estribando el objeto de la tutela penal en la imparcialidad de la Administración pública y la incorruptibilidad económica exigible a los titulares de la función pública; el bien jurídico no se identifica con la defensa de ese sistema de incompatibilidades, sino con la necesidad de que los funcionarios actúen al servicio de los intereses generales de una forma imparcial. De ahí que, siempre bajo el principio de imparcialidad se haya propuesto una interpretación restrictiva que limite el ámbito del tipo a los supuestos en los que resulte atacado el bien

jurídico protegido, restricción que debe referirse a la interpretación de las conductas de *actividad profesional y asesoramiento*, en el sentido de limitar una y otra a aquellas conductas que tengan una clara entidad o importancia, sin que quepa entender que un simple consejo pueda constituir el presente delito. Más aún, la incriminación de aquellos *incumplimientos* graves de las leyes de incompatibilidades en la Administración, elevando a la categoría de delito meras infracciones disciplinarias, ha sido tachada de criticable equiparación que únicamente podrá superarse recurriendo a criterios interpretativos que permitan excluir una interpretación formal del artículo 441 CP, apreciación que se sustenta en la propuesta de transferir al Derecho Administrativo la solución de esta clase de conflictos. Se trata de un *adelantamiento de las barreras de intervención penal*, destinado a evitar cualquier clase de abuso o interferencia en el ejercicio de funciones públicas que, sin duda, puede producirse cuando el funcionario tenga intereses privados en cuestiones sobre las que debe decidir como servidor público. En este sentido, la finalidad perseguida con la incriminación de las conductas tipificadas en el artículo 441 CP, no difiere de la que corresponde al régimen de incompatibilidades o, incluso, a las figuras jurídico-administrativas de la abstención y la recusación.

4. La dimensión económica del bien jurídico protegido

Otra faceta del bien jurídico protegido en el delito que consideramos es la de la *incorruptibilidad* económica de los funcionarios en relación al desempeño de los cometidos propios del cargo. Con la finalidad de evitar que el ejercicio de funciones públicas propicie la corrupción el legislador, por un lado, ha criminalizado la realización por los funcionarios públicos de determinadas actividades o negociaciones objetivamente lícitas (ejercicio de profesiones, intervención o asesoramiento en empresas privadas o de particulares, y desarrollo de actividades mercantiles, en términos que pueden colisionar con el correcto ejercicio de la función pública); y, por otro, ha tratado de combatir la corrupción dentro de la propia Administración con la punición de los delitos específicos de tráfico de influencias.

Esta dimensión que parece, consustancial al *ánimo de lucro* que, aun cuando no expresamente consignado en el tipo del artículo 441 CP, es inherente al desarrollo de una *actividad profesional*, una de las dos modalidades de la conducta que delimita el tipo considerado, de acuerdo, así, a una constante reflejada en la doctrina y en la jurisprudencia.

La “incorruptibilidad económica de los funcionarios”, ha sido, asimismo, resaltada desde la perspectiva del “patrimonio de terceros”, al señalarse que en cualquiera de los dos supuestos, [la realización de una actividad profesional ya con anterioridad ya con posterioridad al desempeño del oportuno cometido público] existe el peligro de obtención de un enriquecimiento injusto, riesgo que se da cuando el funcionario realiza la actividad profesional o de asesoramiento en un asunto en que deba intervenir, por razón del cargo, en el futuro. También subsiste el peligro de un enriquecimiento ilícito cuando la intervención por razón del cargo sea anterior a la realización de la actividad privada.

5. La vulneración del principio de igualdad

Ya sea la realización de la actividad privada previa o posterior a la intervención en el asunto por razón del cargo, en todos los supuestos se lesiona el principio de igualdad. Un principio, el de *igualdad*, que se traduce no sólo en que el funcionario ha de comportarse con objetividad e imparcialidad para que todos los ciudadanos puedan ser iguales en relación con el ejercicio de la actividad pública sino también en que todos, también los funcionarios, han de ser iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer la condición de autoridad o funcionario público.

6. Conclusiones y propuestas de *lege ferenda*

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que el bien jurídico protegido por el artículo 441 CP 95 es el de *objetividad/imparcialidad*. La primera, en tanto que principio rector de la actuación de Administración pública; la segunda, en tanto que exigencia predicable del comportamiento de los empleados públicos. En este sentido, la delimitación del tipo exige partir de la noción estricta de “Administración pública”, dejando, pues, al margen las entidades -personas jurídicas de derecho privado- que, aun integradas en la noción de “Sector Público”, no tienen, sin embargo, la consideración subjetiva de Administración pública.

Por otro lado, si bien no puede afirmarse que estemos ante un tipo penal en blanco, la integración del mismo requiere de modo ineludible la remisión a la legislación en materia de incompatibilidades y de conflictos de intereses, en particular, la relativa al régimen de incompatibilidades de los empleados públicos, que ha constituido la referencia inmediata para la redacción del artículo 441 CP 95.

El delito del artículo 441 CP 95 es un delito de mera actividad, que no requiere, pues, de la producción de un concreto resultado (la afección del bien jurídico se produce, pues, como consecuencia de la realización de las actividades que conforman el tipo penal). Dado que el tipo no contempla la comisión imprudente, el error (vencible) sobre el tipo hace que la conducta sea atípica. El error sobre la antijuridicidad de la conducta sigue las pautas generales.

Aun cuando el tipo haya sido criticado por algún sector doctrinal (en la línea de alguna jurisprudencia producida al amparo del CP 73) por considerar que no satisface las exigencias de protección del bien jurídico, no parece *lege ferenda* que demande sustanciales modificaciones: no se trata tanto de un problema de técnica jurídica cuando de que resulte aplicado rectamente.

7. Reseña jurisprudencial

La *jurisprudencia* se ha hecho eco de bien jurídico protegido por los artículos 404 y 198 CP 1973 y 441 CP 1995 en unos términos sustancialmente homogéneos.

(i) El fundamento de derecho segundo de la STS 1.749/1992, 15-7 dice:

“Ambos artículos [404 y 198 del CP 1973], como se ha destacado por la doctrina, pretenden velar por la pureza en el ejercicio de la función pública pretendiendo evitar que los funcionarios abusen de su situación para lucrarse con merma de la dignidad de su cargo, por ello queda fuera de los límites del delito el supuesto en el que los bienes sean propios o se trate de acciones de sociedades en las que no ejerza intervención directa, de manera que según opinión unánime el desiderátum perseguido por dichos artículos de evitar que el funcionario abuse de su situación prevalente en la vida económica se evitaría por otros medios pero no por los artículos en los que la excepción citada viene a convertirlos prácticamente en letra muerta como lo prueba su absoluta falta de aplicación en la praxis judicial, destacando la doctrina incluso lo arcaico de la terminología empleada (agio, tráfico o granjería)”.

“Pureza en el ejercicio de la función pública”; pretensión de evitar que “los funcionarios abusen de su situación para lucrarse [...]”; “[...] con merma de la dignidad de su cargo”; persecución de “evitar que el funcionario abuse de su situación prevalente en la vida económica”, pues, como expresiones que delinear el fin u objeto de la punición. Un objetivo que, no obstante, por mor de los específicos contornos de los tipos concernidos (“la excepción citada”), “viene a convertirlos en letra muerta como lo prueba su absoluta [sic] falta de aplicación en la praxis judicial”.

(ii) La siguiente muestra ilustra, al hilo del bien jurídico protegido, acerca de la índole de los comportamientos incriminados. En este sentido, en el fundamento de derecho segundo de la STS 1.048/1997, 18-7 puede leerse:

“El artículo 198 del Código Penal 1973, objeto de aplicación en el caso actual, sanciona a la Autoridad o funcionario público que, prevaliéndose de su cargo, ejerciere alguna profesión directamente relacionada con la esfera de sus atribuciones oficiales o interviniera directa o indirectamente en empresas o asociaciones privadas con ánimo de lucro. En el caso actual nos encontramos ante un Alcalde de una localidad alicantina que, a su vez, es administrador único o socio con otros familiares en diversas empresas de construcción y promoción de viviendas, participando personalmente en su administración y en la venta de las viviendas construidas,

dándose la circunstancia de que una de dichas empresas promotoras obtuvo cuatro licencias municipales de obras otorgadas con inusitada rapidez por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento, presidida por el acusado, interviniendo personalmente el Alcalde acusado tanto en la votación favorable para la concesión de las licencias como en las gestiones necesarias para que las licencias se informasen técnicamente, se convocase a la Comisión de Gobierno y se aprobase su concesión con insólita rapidez (en ocasiones, todos los trámites, informe técnico, convocatoria de la Comisión de Gobierno, celebración de la reunión y aprobación y concesión de la licencia, se realizaban en el mismo día de la solicitud de la licencia), mientras que, por el contrario, las licencias solicitadas por una empresa constructora rival [...] se demoraban en su tramitación hasta el punto de las que se formularon durante el año 1990 quedaron, por lo general, sin respuesta, dejando transcurrir el Alcalde acusado todo el período legalmente prevenido para su denegación [sic] por silencio administrativo, sin responder a las solicitudes presentadas, con excepción de algún supuesto, en que la licencia fue denegada expresamente”.

Y en el fundamento de derecho cuarto se diseccionan tanto el bien jurídico protegido cuanto el elemento subjetivo de tipo del artículo 198 CP 1973. Se dirá, en efecto:

“[...] el artículo 198 del Código Penal 1973 pretende proteger y garantizar los intereses públicos separándolos de los privados, sancionando para ello a los funcionarios o autoridades que realicen actividades directamente relacionadas con la esfera de sus atribuciones oficiales y en el ejercicio de éstas se aprovechen ilícitamente de su cargo, es decir utilicen la preeminente posición de privilegio que su cargo público les proporciona para obtener abusivas ventajas en su actividad privada. Esto es precisamente lo realizado por el Alcalde condenado, pues con independencia de que las resoluciones que concedieran las licencias de construcción a sus empresas o la que se la denegó en determinada ocasión a una empresa de la competencia no deban ser calificadas de injustas en cuanto a su contenido (lo que ya determinó su absolución por el delito de prevaricación, también objeto de acusación), lo cierto es que el acusado se beneficiaba de las ventajas que proporcionaba su cargo para obtener las licencias solicitadas por sus empresas con una inusitada celeridad, presionando para ello a los funcionarios municipales, administrativos y técnicos, como deduce la Sala sentenciadora de las declaraciones del señor Secretario del Ayuntamiento y del señor Aparejador Municipal y convocando la Comisión de Gobierno que presidía -en la que se integraban otros cuatro concejales de su partido político- con una celeridad pasmosa, hasta el punto de que, en ocasiones, la licencia se solicitó en un día determinado y, se incoó el expediente, se dio traslado para informe a los servicios técnicos, se emitió dictamen por el Aparejador Municipal, se convocó a la Comisión de Gobierno, se celebró la reunión tan rápidamente convocada y se concedió la licencia solicitada, todo ello en el mismo día, como se señala en los hechos probados.

Alega el recurrente que la agilidad administrativa no es delictiva y debería ser digna de alabanza, pero dicha alabanza se torna en reproche cuando se aprecia que tan pasmosa celeridad no se aplica imparcialmente al conjunto de los administrados sino únicamente a las solicitudes de las empresas del Alcalde, en cuya tramitación y resolución, por cierto, tenía éste obligación legal de abstenerse y no lo hacía. El abuso delictivo del cargo se pone claramente de manifiesto cuando se aprecia que las solicitudes de la competencia no sólo no se tramitan con dicha celeridad sino por el contrario con una desesperante demora, dándoles por respuesta el silencio administrativo, con lo cual se retrasaban las promociones urbanísticas de la competencia y aceleraban las propias.

Por lo que se refiere al elemento subjetivo, conviene reiterar aquí lo expresado en la Sentencia número 166/1995, de 9 de febrero, en el sentido de que es evidente que la noción de que no puede obtenerse un beneficio privado de un cargo público ni intervenir en decisiones administrativas sobre cuestiones en que se tiene un interés directo se encuentra arraigada en la sociedad y pertenece al acervo cultural común, por lo que la generalidad de las gentes rechazan y reprochan

tal tipo de conductas. Debe estimarse, en consecuencia, que el recurrente no sólo no podía ser ajeno a dicho sentir general, sino que, por el desempeño de su cargo, debía tener un superior conocimiento de sus deberes e incompatibilidades, y concretamente de la incompatibilidad entre su actividad privada como titular y asesor de empresas constructoras y la participación en la adopción de acuerdos administrativos que afectaban directamente a las solicitudes formuladas por las referidas empresas”.

(iii) Supuesto similar al de la meritada –según se constata en su fundamento de derecho primero– es el que contempla la STS 1.269/1997, 14-10, de la que parece oportuno dar cuenta de los hechos en la misma consignados:

“El artículo 198 del Código Penal [de 1973] sanciona a la Autoridad o funcionario público que prevaliéndose de su cargo, ejerciere alguna profesión directamente relacionada con la esfera de sus atribuciones oficiales o interviniera directa o indirectamente en empresas o asociaciones privadas con ánimo de lucro. En el caso actual, nos encontramos según el relato fáctico, que el acusado, Alcalde desde 1983, del Municipio de Arnuero (Cantabria) conocedor de que a finales del año 1986 o comienzos del año 1987 la Corporación Municipal había encargado la elaboración de Normas Subsidiarias y que desde el inicio de los trabajos del equipo redactor encargado de la elaboración de tales normas, había recomendado a la Corporación la suspensión cautelar de licencias de obras, había adquirido con anterioridad a marzo de 1988 diversas acciones de la entidad <Urbanizadora Quejo SA>, domiciliada en Quejo (Isla), Ayuntamiento de Arnuero, constituida en escritura de 22 de diciembre de 1987 y cuyo objeto social era entre otros la promoción, construcción y venta de viviendas y edificios. Igualmente y desde su constitución – enero 1988- el citado alcalde era titular de acciones de la entidad el <Cincho SA> cuyo objeto social era la comercialización de fincas rústicas y urbanas, la edificación, venta, arriendo o explotación de edificios, pisos...El fin inmediato de ambas sociedades era la construcción y venta de viviendas en el barrio del Ayuntamiento de Arnuero, del quera Alcalde el citado [...] Y en esta situación el 29 de febrero de 1988 <Urbanizaciones Quejo SA> y <El Cincho SA> solicitaron licencia de construcción de apartamentos respectivamente en el barrio de Quejo, que informadas por el arquitecto técnico municipal, el secretario y la comisión de obras del Ayuntamiento fueron aprobadas el 2 de marzo de 1988 en sesión de la Comisión de Gobierno, formando parte de ella y votando a su favor el mencionado Alcalde, y 4 días después en un Pleno del Ayuntamiento, fuera de los puntos del orden del día y como proposición con carácter de urgente, y a instancia del Alcalde se sometió a discusión la necesidad de suspender cautelarmente el otorgamiento de las licencias en el barrio de Quejo, alegando el Alcalde la cantidad de licencias otorgadas últimamente y la circunstancia de estarse elaborando las normas subsidiarias, proposición que fue aprobada por unanimidad votando a su favor el repetido Alcalde.

En la aprobación del avance de las Normas Subsidiarias publicadas en el Boletín Oficial de Cantabria se configuró la Unidad de Actuación número 4 con terrenos propiedad en más de un 80 por 100 del querellante y su madre. Unidad a la que se asignaba edificabilidad de 0,3 mts/mt (sic) con determinados particulares (vial para unir la carretera provincial y dar acceso a un hotel) y los indicados propietarios para aumentar el valor de la finca con mayor índice de edificabilidad solicitaron del Ayuntamiento el 23 de septiembre de 1988 aumento del citado índice a 1mt/mt (sic) y la supresión de vial, sin que se les contestase, reiterando el escrito el 28 de agosto de 1989. Y conocedor el Alcalde, a través del equipo redactor de las Normas Subsidiarias, de que era posible que el Ayuntamiento aprobase un aumento de edificabilidad en la finca del querellante, y que la solución más idónea era un convenio entre los propietarios de la Unidad de Actuación y el Ayuntamiento, en unión de terceras personas ofreció al querellante la posibilidad [de] un negocio de construcción en sus terrenos a través de las sociedades en que tenía participación, manteniendo diversas reuniones con cruce de ofertas y contraofertas, con la idea el querellante en alargar las negociaciones ante su propósito ni de vender ni de desprenderse de su finca, llegando a obtener en el curso de las conversaciones una edificabilidad de 0,8 mts/mt (sic). Y rotas las negociaciones tras

el aumento de la edificabilidad, el Ayuntamiento a propuesta del Alcalde acusado, aprueba que el estudio de detalle y demás instrumentos de desarrollo y ejecución de la citada Unidad de Actuación sea redactado de oficio por el Ayuntamiento, acuerdo que fue declarado nulo por el TSJ de Cantabria si bien adoptado de nuevo con posterioridad e interpuesto el recurso contencioso-administrativo, fue desestimado”.

Protección y garantía, pues, de “los intereses públicos separándolos de los privados”, estribando, en consecuencia, lo injusto en la utilización de “la preminente posición de privilegio que su cargo público les proporciona [a funcionarios o autoridades] para obtener abusivas ventajas en su actividad privada”. Una antijuridicidad que se envuelve en consideraciones de carácter sociológico al afirmarse, con cita de la STS 166/1995, 9-2 -referida al delito, calificado de “fraude” en el fundamento de derecho segundo, previsto en el artículo 401 CP 1973-, que “es evidente que la noción de que no puede obtenerse un beneficio privado de un cargo público ni intervenir en decisiones administrativas sobre cuestiones en que se tiene un interés directo se encuentra arraigada en la sociedad y pertenece al acervo cultural común, por lo que la generalidad de las gentes rechazan y reprochan tal tipo de conductas”.

(iv) La STS 1.497/2002, 23-9 identifica en “la transparencia del ejercicio de la función pública y la imagen de la administración” el bien jurídico subyacente al artículo 441 del CP 1995. En su fundamento de derecho primero puede leerse:

“[...] se trata de una conducta mediante la cual el funcionario ejerce su cargo a la vez que realiza una actividad de su profesión. La redacción del art. 441 CP [de 1995] es, sin duda, confusa y ello ha favorecido la errónea interpretación de la Audiencia, que estimó que éste no era aplicable, atribuyéndole un <carácter residual>, que parece quiere significar subsidiario. De todos modos es claro que, si los elementos del tipo del art. 441 son los que la Audiencia señala [...], es decir la ejecución de una acción profesional paralela al cargo y que ésta guarde relación con el asunto administrativo en el que actúa, tales elementos se dan en el presente caso. En efecto, la actividad profesional mencionada en el texto legal no se refiere a una profesión liberal, como parece haber entendido el Tribunal <a quo>, sino a una actividad que el autor ejerce para proporcionarse medios con una relativa permanencia. La circunstancia de que el acusado hubiera sido hasta hace poco administrador de la empresa que obtuvo la contratación, y que haya reconocido haber ocultado su vinculación con la sociedad, demuestra la incompatibilidad de intereses que caracteriza la realización del tipo del delito del art. 441 CP.

Este delito, por otra parte, no requiere que el autor haya producido un daño diverso del jurídico, que consiste en la infracción del deber de abstención, toda vez que se trata de un tipo penal que protege la transparencia del ejercicio de la función y la imagen de la administración. La sobredeterminación del resultado de la votación no permite excluir la imputación del hecho.

En consecuencia, el recurrente debió ser absuelto por el delito de prevaricación, pero condenado por el más leve del art. 441 CP”.

Y en el fundamento de derecho segundo de la STS 484/2008, 11-7, se dice:

“[...] el artículo 441 del Código Penal [de 1995] considera reos del delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos <a la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos por las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares en asunto en que debe intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa>”.

Al estudiar esta figura jurídica, la doctrina destaca, aparte de que se trata de un delito especial propio (por cuanto el sujeto activo del mismo sólo puede ser una persona que sea autoridad o funcionario público), que estamos ante un delito de mera actividad (ya que no requiere para su comisión la producción de un determinado resultado), ni demanda un especial elemento subjetivo (de modo que basta el denominado dolo de autor), cuyo bien jurídico protegido lo constituye el correcto funcionamiento de la función pública, conforme a las exigencias constitucionales (v. arts. 9.1 y 103 C.E.), con respeto de los principios de objetividad, imparcialidad, igualdad e incorruptibilidad.

Delito especial propio; delito de mera actividad; que no requiere de un especial elemento subjetivo; cuyo bien jurídico protegido viene dado por el correcto funcionamiento de la función pública, de acuerdo a los principios de objetividad, imparcialidad, igualdad e incorruptibilidad. Tal es la caracterización que, a modo de síntesis, efectúa del delito previsto en el artículo 441 CP 1995 la referida STS 484/2008, 11-7.

* * * * *

La evolución del control de la pena de prisión por el Juez de Vigilancia Penitenciaria

~Sra. Dña. Remedios Campoy Gómez~

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Alicante. Criminóloga. Socia de la FICP.

En España se introduce esta figura, por vez primera, a través de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (inspirándose para ello en los modelos italiano, francés, sueco y portugués), incluyendo en el Anteproyecto el Título V “Del Juez de Vigilancia”, dando cobertura al art. 117.3 CE por el que se encomienda a los Juzgados y Tribunales el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y *haciendo ejecutar lo juzgado*.

Desde la creación del Juez de Vigilancia Penitenciaria, no existe texto pre-legislativo o legislativo en el ámbito penal que deje de atribuirle nuevas competencias. Aun cuando ciertos trabajos pre-legislativos no prosperaron, tuvieron al menos el mérito de sentar las bases de las múltiples competencias que luego atribuirían al Juez de Vigilancia el Código Penal de 1995 y las sucesivas reformas del mismo.

I. Penas:

Código Penal de 1995: **recoge la impronta del camino recorrido por el pre-legislador y, no sólo convierte en derecho positivo las competencias de los textos pre-legislativos y legislativos —esto es, competencias que le atribuía tanto el PLOCP de 1980 y la PANCP de 1983, como la LO 8/1983, de reforma urgente y parcial del Código Penal, y que fue la primera norma de derecho positivo y no penitenciaria que atribuye funciones al JVP, ya que al subsistir el beneficio de la redención de penas por el trabajo, corresponde a este órgano judicial aprobar las propuestas de reducción, y los Proyectos de 1992 y 1994—, sino que aumenta las competencias del JVP hasta el punto de crear cierta confusión competencial de difícil comprensión, donde el JVP bien puede ser un trabajador social cualificado, bien un delegado del tribunal sentenciador con facultades para asumir el control de la ejecución de las penas y medidas de seguridad o bien se le atribuye el control sobre las penas y medidas de seguridad de nueva creación pero sin posibilidad de ejercitarse racionalmente. En efecto, se le atribuyen competencias en relación con el arresto de fin de semana, (entonces vigente), con el régimen general de cumplimiento a efectos de la concesión de beneficios penitenciarios y la libertad condicional (art. 78), así como para**

conceder la libertad condicional; facultad que se extiende a los supuestos excepcionales (condenados en tercer grado de tratamiento que hubieran extinguido las dos terceras partes de su condena; septuagenarios y enfermos muy graves con padecimientos incurables), así como la imposición de reglas de conducta y la revocación de la libertad condicional (arts. 90 y ss). Competencias que, por otro lado, también se ven engrosadas por la normativa reglamentaria.

Reformas legales de 2003: denominador común: la ampliación de las competencias del JVP en detrimento de las previstas a los tribunales sentenciadores. En efecto, además de mantener prácticamente todas las competencias que ya venía desempeñando el JVP, excepción hecha del extinto arresto de fin de semana, estas reformas atribuían al Juez de Vigilancia novedosas competencias mediante la modificación de preceptos y la adición de nuevos apartados a los ya existentes.

Funciones:

- **Acordar la aplicación del régimen general de cumplimiento y, con ello, de favorecer la clasificación en tercer grado de aquellos condenados a más de cinco años de prisión antes del cumplimiento de la mitad de la condena, siempre que exista un previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción, –excluidos delitos terrorismo y crimen organizado–, (art. 36).**
- **Acordar, en casos de delitos de terrorismo o cometidos por organizaciones criminales, la concesión de un tercer grado cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena impuesta, y podrá acordar la concesión de la libertad condicional cuando quede por cumplir una octava parte del mencionado límite (art. 78).**
- **Solicitar –también en los casos de condenados por delitos de terrorismo– los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional y, del mismo modo, para revocarla (art. 93.2).**
- **Adelantar –una vez extinguida la mitad de la condena– la libertad condicional hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, cuando el penado haya desarrollado continuamente actividades – laborales, culturales u ocupacionales–, y acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación en su caso (art. 90.2).**

- Controlar la ejecución de la pena privativa de derechos de trabajo en beneficio de la comunidad (art. 49), (competencia que también se ve ampliada por vía reglamentaria). **Es palmario aquí el cambio de rumbo que se produce en la orientación y configuración inicial de la figura del Juez de Vigilancia en la LOGP, como máximo garante del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad.**
- Será también competencia del Juez de Vigilancia el abono de la prisión provisional por causa distinta de la que se decretó (art. 58).
- Suspender la ejecución de la pena por demencia sobrevenida (art. 60).

En definitiva, las reformas penales de 2003 han venido ampliando progresivamente las competencias de los Jueces de Vigilancia, afectando tanto a competencias en materia de ejecución de penas no privativas de libertad como a materias estrictamente penológicas.

Reciente Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: las tres versiones del Anteproyecto (julio y octubre de 2012 y abril/2013) suponen una involución respecto de la creciente tendencia a atribuirle cada vez más competencias al JVP. A saber,

Por un lado, la primera versión **atribuye nuevas competencias al Juez de Vigilancia en relación con la nueva pena de prisión permanente revisable, de manera que vendrá obligado** a elaborar, a efectos de conceder los permisos de salida o la progresión al tercer grado, cuando hubiera sido impuesta una pena de prisión permanente revisable, un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Sin embargo, ya en la segunda versión del Anteproyecto se pretende modificar el art. 36 CP mediante la adición de dos nuevos apartados y la supeditación de la clasificación en tercer grado a la autorización del Tribunal, por lo que de nuevo la facultad del JVP en esta pena queda simplemente anulada. Esto es, el pre-legislador penal, incidiendo en su grave intromisión en la legislación penitenciaria, en el supuesto de condenados a prisión permanente, en la segunda versión del Anteproyecto parece detraer la competencia resolutoria del Centro Directivo en materia clasificatoria para atribuírsela al Tribunal; en efecto, conforme al novedoso apartado 3 del art. 36, “la clasificación en tercer grado deberá ser autorizada por el Tribunal, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias”. Con ello,

cabría entender que la propuesta de la Junta de Tratamiento ya no debería elevarse al Centro Directivo –contraviniendo, así, lo dispuesto en el art. 106.5 en relación con el 103.4, ambos del RP-, y que los recursos de alzada y reforma que el penado pudiera interponer ante una resolución denegatoria ya no lo serían ante el JVP (art. 76.2.f LOGP) sino ante la propia jurisdicción ordinaria. De ser así, se quebraría no solo la competencia exclusiva de la Administración Penitenciaria para acordar la progresión de grado sino, también, la potestad del JVP de conocer sobre clasificación vía recurso.

Por otro lado, el Anteproyecto **supone un punto de inflexión en la intervención judicial en la ejecución de las penas, toda vez que sustrae al Juez de Vigilancia la competencia** para conceder la libertad condicional y el adelantamiento de la misma, dejando dicha facultad en manos del Juez o Tribunal sentenciador. Esto es, en las tres versiones del Anteproyecto (julio y octubre 2012 y abril 2013) desaparece la competencia decisoria del JVP para conceder la libertad condicional. Consecuente con la pretensión del pre-legislador de introducir “un nuevo sistema caracterizado por la existencia de un único régimen de suspensión”, el redactor de la primera versión del Anteproyecto, esto es, la de julio de 2012, establece que “el Juez o Tribunal acordará la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional” (art. 90), defenestrando, así, una competencia que, desde 1979, el art. 76.2 de la LOGP atribuye en exclusiva al Juez de Vigilancia Penitenciaria. Ante una posible crítica por parte de voces autorizadas de nuestro penitenciarismo advirtiendo del grave retroceso que suponía esta pretensión, en la segunda versión del Anteproyecto (aprobada por el Consejo de Ministros el 11 de octubre) se restituye esta facultad al JVP. Sin embargo, con una técnica jurídica cuanto menos confusa, que colma la desazón, cuando no la indignación del intérprete, a renglón seguido y en idéntico precepto, se vuelve a atribuir al Juez o Tribunal la valoración de determinadas circunstancias “para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional”.

En este sentido, tal y como advierte el CGPJ ⁽¹⁾ “...no se establece con claridad el órgano competente para la decisión: si es el juez de vigilancia penitenciaria la que se refiere al inciso primero del artículo 90.1 del Código Penal o si es el juez o tribunal sentenciador, como se dice en el resto del precepto y de los artículos reguladores de la

1 Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado en Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 16 de enero de 2013.

libertad condicional. Debe aclararse esta cuestión, y considera este Consejo que ha de hacerse a favor del juez de vigilancia penitenciaria”.

Extremo que ya se había puesto de manifiesto también en el informe de la Fiscalía ⁽²⁾, donde se advierte no solo de la desaconsejable transmutación que va a experimentar la naturaleza jurídica de la libertad condicional, dejando de ser una figura autónoma para convertirse en una modalidad de la suspensión condicional de la pena, declinando su actual naturaleza de último grado penitenciario (art. 72.1 LOGP), sino de la alteración que experimentan los aspectos orgánico judiciales, toda vez que aunque el 90.1 dice que será el JVP quien concederá la libertad condicional, en los restantes apartados del mismo precepto y en los demás preceptos dedicados a esta institución, se hace una referencia constante al juez o tribunal sentenciador como órgano decisor (como consecuencia de la nueva concepción de la libertad condicional como mecanismo suspensivo, que no ejecutivo, de la pena). Ello no solo va a redundar en la sobrecarga de trabajo de los órganos sentenciadores al asumir esta competencia, sino, aun peor, en el desaprovechamiento de los recursos y experiencia acumuladas por los JVP, que son los que en mejor posición se encuentran para conocer y valorar la evolución penitenciaria que ha seguido el interno en anteriores fases del cumplimiento de su condena.

Otras voces más autorizadas ⁽³⁾ van incluso más allá y advierten que “quitar la competencia a los Jueces de Vigilancia y retroceder a la de los órganos judiciales concededores de la causa va a significar un caos y un retraso en la aplicación del beneficio. Un caos por cuanto puede haber varios Tribunales competentes al existir, en su caso, variadas condenas que hay que liquidar una a una y un retraso, indudable y pernicioso, porque un indeterminado número de tales jueces no es lo mismo que el especializado en esta materia que venía funcionando impecablemente”.

En suma, si de forma paulatina, las sucesivas reformas legales, e incluso reglamentarias, han venido ampliando notablemente las funciones del citado art. 76, no es menos cierto que el legislador penal ha ido, progresivamente, atribuyendo al JVP no sólo ya funciones penológicas relativas a penas y medidas privativas de libertad, sino incluso a penas no privativas de libertad y a toda clase de medidas de seguridad (destacando “el abono de prisión preventiva sufrida en otra causa (art. 58), pase al

2 Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Madrid, 8 de enero de 2013.

3 GARCÍA VALDÉS, C.: “Las nuevas reformas del Código Penal: algunos motivos de preocupación”, en *Cuartopoder*, 26 de agosto de 2012.

régimen general de cumplimiento (art. 78), propuestas de medidas ex art. 97, trabajos en beneficio de la comunidad, el incidente de enajenación mental sobrevenida del artículo 60). No deja, pues, de resultar muy significativo que, desde 1995, el legislador penal haya conferido crecientes funciones al JVP –lo que revela, sin duda, confianza y constatación de su importante cometido- y que, en 2012 y 2013, le despoje de competencias decisorias respecto de instituciones básicas de nuestro Derecho penitenciario como la libertad condicional o el beneficio de su adelantamiento. Como significativo es, también, recurrir al Derecho comparado para justificar la introducción de la cadena perpetua y, paralelamente, guardar un mutismo absoluto acerca de la competencia que la mayoría de legislaciones foráneas atribuye al JVP respecto de la concesión de ambas instituciones.

II. Medidas de Seguridad

Código Penal de 1995: convierte en derecho positivo la práctica totalidad de las competencias del Juez de Vigilancia pretendidas en los textos pre-legislativos, y muy especialmente las del Proyecto de 1994, -excepción hecha de la asistencia y observación por los delegados del JV-, con una redacción casi idéntica de sus preceptos. Más que facultades decisorias propias de los órganos jurisdiccionales, se otorgan al Juez de Vigilancia facultades para proponer (ya sea el cese, sustitución o suspensión de la medida impuesta, etc.) y de mero informador.

Reformas penales 2003-2010: mientras que las reformas de 2003 no incidieron de manera significativa en las competencias del Juez de Vigilancia,-a diferencia de lo ocurrido, como ya se vio, en la ejecución de las penas-, la reforma de 2010, aun cuando vino a suprimir la intervención del Juez de Vigilancia en la dinámica del procedimiento revisor de las medidas de seguridad no privativas de libertad, también atribuía nuevas competencias al JVP, toda vez que vendrá obligado a elevar al juez o tribunal sentenciador, al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión tanto de la medida de seguridad privativa de libertad, como de la nueva medida no privativa de libertad -libertad vigilada- que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad (postpenitenciaria).

Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se pretende modificar el vigente Código Penal: lleva a cabo una profunda reforma de las medidas de seguridad. En lo que aquí importa, se exime al Juez de Vigilancia de la obligación de elevar las oportunas propuestas a efectos de concretar el contenido de la libertad vigilada y a efectos de su

mantenimiento, cese, sustitución o suspensión, así como la atribución encomendada al JVP para evaluar en cualquier momento la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad (CP/95, art. 98).

Advierte aquí también el informe de Fiscalía que el relevante protagonismo que hasta ahora ha tenido la figura del JVP como apoyo del tribunal sentenciador debería seguir considerándose pieza básica en el diseño de la política de ejecución de las medidas de seguridad, toda vez que la intervención del JVP en el control de ejecución de las medidas de seguridad y en la coordinación con los órganos asistenciales que apoyan al tribunal sentenciador es insustituible.

Por otro lado, desaparece la custodia familiar del catálogo de medidas no privativas de libertad y, con ella, la obligación del Juez de Vigilancia de ejercerla en relación con el familiar correspondiente.

Conclusión: Puede afirmarse que, lejos de sus prístinas competencias, el JVP **ha dejado de ser un órgano judicial que ejerce, en exclusiva, funciones de garantía de los derechos de los internados en una institución penitenciaria, toda vez que el legislador penal español, en los diversos textos pre-legislativos así como en las sucesivas reformas que nuestros Códigos Penales han ido experimentando en los últimos decenios, ha optado por ampliar -en ocasiones, desmesuradamente- el catálogo de funciones que el legislador penitenciario le encomendó originariamente en el art. 76 de la LOGP. Razones de política criminal, cuando no de política *tout court*, son las que se intuyen para tan inusitada hipertrofia competencial, excediendo incluso la de aquellos países de nuestro entorno cultural que operaron como fuente inspiradora de su creación.**

Sin lugar a dudas, el reciente Anteproyecto supone un punto de inflexión al respecto. Ahora bien, la pretendida supresión de determinadas funciones, sobre todo en materia de libertad condicional y de beneficios penitenciarios resulta, cuando menos, sorprendente. En palabras de RENART GARCÍA ⁽⁴⁾, “pese a las dificultades iniciales, la actuación del JVP, desde el 1 de octubre de 1981 hasta la fecha, no puede ser más encomiable, habiendo demostrado, a lo largo de estas décadas, ser “la

4 “La libertad condicional en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal”, en Revista de Estudios Penitenciarios, en prensa.

pieza clave del sistema penitenciario”⁵) y el idóneo catalizador del mandato constitucional contenido en el número 3 del art. 117 de nuestra Carta Magna. Por tanto, “la retirada de funciones al Juez de Vigilancia, tanto en la esfera de la libertad condicional, de su adelantamiento como del conocimiento, vía recurso, del acceso al tercer grado de los condenados a cadena perpetua, se inscribe en el marco de una política criminal, iniciada en 2003, de constante acoso a nuestro sistema penitenciario y a las bases jurídicas que lo sustentan”.

En definitiva, el retorno al Código Penal de 1973, al menos en el marco de estas instituciones, invita a pensar en la existencia de una nueva estrategia político-criminal tendente a limitar, cuando no a suprimir, funciones que constituyen el eje sobre el que pivota gran parte de nuestro sistema penitenciario. Cabría, pues, plantearse si no será ésta una nueva manifestación del populismo punitivista.

* * * * *

5 Así lo calificó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 2/1987, de 21 de enero. De “pieza fundamental del sistema español de ejecución de penas privativas de libertad” lo define ESTÉVEZ JIMENO, A.: “Notas acerca del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Núm. XVII, Madrid, 2003, pág. 150; y de “revolución en el control judicial de la Administración Penitenciaria”, DEL MORAL, A.: “Recursos frente a decisiones en materia de ejecución de penas privativas de libertad”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XVII, Madrid, 2003, pág. 355.

Compensación de medidas cautelares y penas de distinta naturaleza

~Sra. Dña. Rocío Esgueva Pérez~

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Socia de la FICP.

I. INTRODUCCIÓN

El vigente código penal en su artículo 59 y dentro del Título III, De las Penas, Capítulo I, Sección 6ª, dentro de las Disposiciones Comunes recoge la compensación ex lege de las medidas cautelares cuando revistan una naturaleza distinta a la pena, lo que nos lleva a detenernos, antes de afrontar su análisis, en la clasificación que de las penas y medidas cautelares se hace en dicho cuerpo legal.

Comenzando por las penas y en función al bien jurídico afectado, ha de distinguirse entre las penas privativas de libertad, prisión, localización permanente y responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa (artículo 35 y 53 del Código Penal (CP) y penas privativas de derechos, inhabilitación absoluta, inhabilitaciones especiales, trabajo en beneficio de la comunidad, alejamiento, suspensión, privación del derecho a conducir, privación del derecho a tenencia y porte de armas (artículo 39 CP) y la pena de multa (artículo 50 CP, días/multa, proporcional).

En relación con las medidas cautelares, podemos definir las como aquel conjunto de actuaciones "*encaminadas al aseguramiento del juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte*" (GOMEZ ORBANEJA). Siguiendo al profesor Fenech y a la mayoría de la doctrina *se pueden dividir en dos grandes grupos, según tiendan a limitar la libertad individual o a limitar la libertad de disposición sobre un patrimonio. A los primeros les llamaremos actos cautelares personales, y a los segundos, actos cautelares reales*". No obstante, lo que algún grupo de autores considera, desde un punto de vista amplio del término, como medidas cautelares tendentes a asegurar los medios de prueba (entrada y registro en lugar cerrado; detención, apertura y examen de correspondencia privada e intervención y observación telefónica y el secuestro del "cuerpo del delito", etc.), en realidad son "**actos para la investigación del delito**", por lo que no serán objeto de nuestro estudio.

Junto a las medidas cautelares que acabamos de citar, está otro tipo de medidas que aunque se parezcan a las cautelares no lo son, por lo que tampoco las trataremos; nos estamos refiriendo a las llamadas "medidas preventivas". La inhabilitación o

suspensión del cargo, profesión u oficio, y la privación del permiso de conducir, no se podrán considerar medidas cautelares porque no concurre uno de los elementos esenciales de este tipo de actuaciones (el "periculum in mora"), ya que el imputado no puede impedir o dificultar la ejecución de penas con el contenido mencionado.

La medidas cautelares personales son aquellas que pretenden asegurar la sujeción del imputado al proceso y, en su caso, la presencia del presunto autor del hecho ante el órgano jurisdiccional, ya sea para garantizar su declaración ante el Juez Instructor, o para evitar su inasistencia y consecuente frustración de la celebración del juicio oral ante el Juzgador (**STC 85/1989, de 10 de mayo**). El principal problema que plantea este tipo de medidas es lograr un punto de equilibrio entre dos intereses confluentes en el proceso penal y que son aparentemente contrapuestos: el respeto a los derechos del imputado (a la libertad, reconocido en el **art. 17.1 de la Constitución Española**) y la eficacia en la represión de los delitos, como medio para restablecer el orden y la paz social. Por ello, la restricción a la libertad ha de ser excepcional, no automática, condicionada siempre a las circunstancias del caso, proporcional a la finalidad que se persigue, y, sin que pueda constituir en ningún caso un cumplimiento anticipado de la pena, ya que ello pugnaría con la naturaleza cautelar de la medida. En este sentido, para aplicar correctamente este tipo de medidas, conviene tener en cuenta las directrices de la **Recomendación 80-11 del Consejo de Europa, adoptada por el Comité de Ministros el 27 de junio de 1980**. Entre estas medidas cautelares, no sólo están la prisión provisional (art. 503, 504 LECRIM y art. 58 CP), sino también la privación del permiso de conducir (art. 529 bis y 785.8 LECRIM), la obligación de comparecer los días que acuerde el auto de libertad provisional (art. 530 LECRIM), la retirada del pasaporte o la fianza (art. 529 LECRIM), la prohibición de acercarse de artículo 544 bis, la clausura de la empresa, sus locales o establecimientos (art. 129.3 CP), la suspensión de las actividades de sociedad, empresa, fundación o asociación (art. 129.3 CP) entre otras¹.

II. LA COMPENSACIÓN DESTRUCTIVA: ARTÍCULOS 58 Y 59 CP

El principio de culpabilidad es cuantificable, lo que implica que es posible su compensación por hechos posteriores que reducen su significación originaria y que han de ser tenidos en cuenta a la hora de individualizar la pena (artículo 66 CP). Señala la

¹ PELAEZ SANZ Francisco y BERNAL NETO, Juan Miguel: "Las medidas cautelares en el proceso penal", Noticias Jurídicas 28 – Mayo-2013.

doctrina que las atenuantes previstas en los artículos 21.4 y 21.5 CP habrían de ser consideradas como la compensación constructiva de la culpabilidad en tanto que existe otra clase de compensación denominada destructiva. Esta segunda modalidad se estima que tiene lugar cuando el autor recibe como consecuencia del delito un mal que compensa total o parcialmente su culpabilidad, pudiendo ser estos males naturales o jurídicos. Entre estos últimos y en relación con el tema que estamos abordando, destaca la pena, cuyo cumplimiento extingue la culpabilidad por compensación total. Es este concepto, el de la compensación destructiva el que inspira la institución del abono de la prisión preventiva (artículo 58 CP) o la compensación ex lege de medidas cautelares y penas de distinta naturaleza (artículo 59)².

El abono consiste en la voluntad que tiene el legislador de que pueda descontarse de la medida definitiva, que viene impuesta en la sentencia, el tiempo que el condenado haya cumplido “ante iudicium” de privación de libertad como consecuencia del cumplimiento de una medida cautelar personal. Si bien es cierto que el régimen aplicable difiere según que las medidas cautelares sean homogéneas con la medida adoptada en la sentencia, del supuesto de que no sean homogéneas, en cuyo caso se deja a la discrecionalidad del Juez la compensación de la medida cautelar por la definitiva. Conviene recordar antes de adentrarnos en el estudio del artículo 58 CP y profundizar en el análisis del artículo 59 y que constituye la cuestión objeto de estudio, que las medidas cautelares, no persiguen una finalidad punitiva ni pueden considerarse un adelanto o anticipación del castigo impuesto y en este sentido se pronuncia el artículo 34.1 CP cuando establece que no se reputarán penas la detención y la prisión preventiva, sino que el objeto de los actos cautelares es, reiterando lo dicho, asegurar la presencia del inculcado en el juicio, procurar la celebración del mismo con todas las fuentes de prueba relevantes y garantizar la efectividad de la sentencia.

Siendo esto así, no es menos cierto que al consistir tales medidas, en concreto las medidas cautelares personales, detención y prisión provisional, una efectiva privación de libertad, producen efectos extintivos de la pena que en su día pudiera imponerse.

Sentado lo anterior, y pasando al análisis de los artículos precitados, dispone el código penal que “el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la

² GONZÁLEZ TAPIAS M^a Isabel: “La prescripción en el derecho penal”, pag 69, Editorial DyKinson, enero 2003.

pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa” (art. 58.1). “Cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada” (art. 59).

El primero de los preceptos transcritos regula la compensación de las medias cautelares con las penas luego impuestas en sentencia cuando estas sean de la misma naturaleza, en tanto que el segundo precepto establece el régimen aplicable cuando aquellas sean distintas. Hemos de señalar que el supuesto que de una manera más frecuente se plantea en la práctica forense y respecto al cual existe una nutrida y abundante jurisprudencia es el supuesto en la que el autor de una infracción penal haya sufrido una privación de libertad al habersele impuesto una medida cautelar, como es la prisión provisional y posteriormente en sentencia se le imponga una pena de la misma naturaleza, esto es una periodo de privación de libertad. Tal eventualidad es resuelta satisfactoriamente por el precitado artículo 58 y la jurisprudencia que se ha venido dictando en interpretación del mismo. No obstante, ha de significarse que el Código Penal de 1995 extendió la obligatoriedad del abono no sólo a toda “privación de libertad” acordada cautelarmente, incluyendo la detención, sino a toda privación de derechos igualmente acordada. El art. 58.4 CP establece: “Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente”. En la expresión “privaciones de derechos” se subsumen las referencias a la privación del derecho a conducir vehículos a motor, a la suspensión de empleo o cargo público, inhabilitaciones, órdenes de alejamiento, presentaciones quincenales apud acta... Dicho abono afirma su imperatividad y será aplicable sólo en relación con penas de igual contenido, pues para los demás casos se estará a lo establecido en el artículo 59 CP³.

Este artículo, que no fue afectado por la reforma de 2003, contempla la compensación de la pérdida de derechos sufrida a consecuencia del proceso de modo que el legislador ha tenido en cuenta la equivalencia entre la pena aplicada y la gravedad del delito se debe observar incluso en el que, como consecuencia del delito, el

³ MARTÍNEZ PARDO, Vicente José: “La liquidación de medidas en el proceso penal de menores”, Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la Universidad de Valencia (RECRIM 2011).

Estado haya privado legítimamente de derechos al autor anticipadamente. Como señala la doctrina TS, dado que la pena es una reducción del status del autor respecto de sus derechos fundamentales, es evidente que toda privación de derechos sufrida legítimamente durante el proceso constituye un adelanto de la pena que lo puede operar contra el acusado. Si se negara estra compensación de la pérdida de derechos se vulneraría el principio de culpabilidad, pues sería desconocer que el autor del delito ya ha extinguido parte de su culpabilidad con dicha pérdida de derechos y ello debe ser compensado con la pena impuesta. (SSTS 8-6-1999 y 24-1-2002, 24/02/2003).

III. CRITERIOS DE COMPENSACIÓN

De la literalidad del artículo 59 resulta que se deja al prudente arbitrio del Juez o Tribunal las reglas de conversión, no se establece modulo de compensación alguno, como decimos se remite a la discrecionalidad del Juzgador. No obstante aun cuando, como hemos expuesto, no se fijan ex lege parámetro alguno, en el supuesto de que la medida cautelar decretada sea la de privación de libertad y la pena luego impuesta sea la de trabajos en beneficio de la comunidad o la pena de multa, el propio cuerpo legal al regular en el artículo 88 la sustitución de las penas, hace referencia a unas directrices que pueden aplicarse en el supuesto de compensación del artículo 59. Así un día de privación de libertad equivale a una jornada de trabajos en beneficio de la comunidad o a dos cuotas de multa. Al margen de este supuesto, no existe módulos o parámetros de compensación concretos, tomando en consideración que la posibilidad que contiene el artículo 59 no es un abono automático, sino una compensación del tiempo preventivo sufrido a una pena de distinta naturaleza, lo que impone el dictado de una resolución en la que se efectúe una ponderación entre la parte de la pena impuesta que podría declararse cumplida por mor del cumplimiento previo de la medida cautelar acordada con anterioridad a la ejecución de la sentencia.

Insistir, que no es una compensación que opere automáticamente, si no que será preciso establecer un juicio fundado de proporcionalidad, entre la concreta restricción sufrida y la posibilidad, oportunidad y procedencia de la compensación en la ejecución de la pena de distinta naturaleza, juicio que explique los criterios tenidos en cuenta y permita el control de la decisión que el texto legal diseña como discrecional pero no arbitrario. (SAP Jaen 18-1-2002).

Por ello, han de seguirse criterios de equidad en la valoración de la compensación entre penas y medidas cautelares de distinta naturaleza. A estos efectos, como se ha

expuesto, salvo las directrices que se apuntan en el artículo 88 CP, (un día de privación de libertad equivale a una jornada de trabajos en beneficio de la comunidad o a dos cuotas de multa), será la practica forense, la que a la hora de resolver la liquidación de condena en los supuestos que se plantee la compensación entre medias cautelares y penas d distinta naturaleza, la que en aplicación del dispuesto en el artículo 59, adopte unos criterios, unas reglas que permitan realizar ese juicio de ponderación que impone el precitado artículo. A título orientativo y sin carácter jurisdiccional, se han establecido por los Jueces de lo Penal de la Región de Murcia como orientativos los siguientes criterios de conversión: 1 día de trabajos en beneficio de la comunidad, 1 día de localización permanente; 2 días de alejamiento cautelar equivaldrá a 1 día de localización permanente como pena; 1 día de alejamiento cautelar a 1 día de multa; 1 día de localización permanente a 2 días multa. Estos criterios han sido reflejados entre otros, en el Auto de fecha 7 de junio de 2012 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Cartagena⁴.

IV. PENAS Y MEDIDAS CAUTELARES COMPENSABLES

Tomando en consideración las reglas de conversión a las que se han aludido en el apartado anterior y partiendo de la clasificación de penas y medidas cautelares que se ha expuesto al principio de este trabajo, podría establecerse el siguiente cuadro de penas y medidas cautelares compensables cuando estas sean de distinta naturaleza.

Así, en primer término, la medida cautelar de prisión provisional, es compensable con las siguientes penas de contenido y distinta naturaleza con la pena de localización permanente, equivaliendo un día de privación de libertad a un día de localización permanente; con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, equivaliendo un día de privación de libertad a un día de trabajos en beneficio de la comunidad; con la pena de alejamiento, equivaliendo un día de privación de libertad a dos días de alejamiento; con la pena de multa, un día de privación de libertad equivaldría a dos cuotas de multa. En segundo término, el alejamiento cautelar seria compensable con la pena de prisión equivaliendo dos días de alejamiento cautelar a un día de privación de libertad; con la pena localización permanente, compensándose un día de privación de libertad con un día de localización permanente; con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, equivaliendo dos días de alejamiento cautelar con una día de pena de trabajos en

⁴ Encuentro de los Jueces de lo Penal de la Región de Murcia, Archena, octubre de 2011.

beneficio de la comunidad; con la pena de multa, compensándose un día de alejamiento cautelar con dos días de multa.

Por el contrario se estima que no podrán compensarse por mor de lo dispuesto en el artículo 59 CP, la medida de libertad provisional con comparecencia apud acta quincenal ante el Juzgado que corresponda, por cuanto que se considera que el precitado artículo se refiere a medidas privativas de derechos y no a medidas que restrinjan tales de derechos y así la comparecencia quincenal supone no la privación de la libertas, en concreto de la libertad deambulatoria, si no una restricción de la misma. Por razones distintas, tampoco serán compensables las medidas cautelares de privación o suspensión del permiso de conducir, de la tenencia y porte de armas, la inhabilitación o suspensión del cargo, profesión u oficio, puesto que, como ya adelantábamos no participan de la naturaleza que es la esencia de las medidas cautelares, ya que quiebra uno de los presupuestos para poder acordar tales medidas, cuales es la existencia de una situación de riesgo “periculum in mora”, ya que el imputado no puede impedir o dificultar la ejecución de penas con el contenido mencionado.

Recapitulando lo expuesto y a modo de conclusión, decir que el tan mentado artículo 59 CP establece la compensación ex lege de las medidas cautelares y las penas de distinta naturaleza, modalidad de la compensación destructiva de la pena, dejando al prudente arbitrio del Juez en que parte han de estimarse compensadas, atendiendo a criterios de equidad, siendo la práctica forense la que va determinando cual ha de ser esos criterios de conversión, dado que no hay reglas tasadas, más allá del supuesto del artículo 88 CP, relativo a la sustitución de las penas.

* * * * *

Derecho de defensa y declaración testifical de menores. Perspectiva jurisprudencial.

~Sra. Dña. María Jesús Muñoz Company~

Fiscal sustituta adscrita a la Audiencia Provincial de Alicante. Socia de la FICP

Podemos definir el derecho de defensa, como aquella garantía que tiene toda persona que forma parte de un determinado proceso, para, o bien directamente, o bien por medio de un abogado, intervenir en aquel aportando pruebas que le permitan desvirtuar las imputaciones que se dirigen en su contra e impugnar las decisiones que le sean desfavorables.

Se distinguen así dos manifestaciones del derecho de defensa, la autodefensa y la defensa técnica, con letrado. El artículo 24 de la Constitución Española dice que *“todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”* y en el segundo párrafo, se recoge el derecho de todas las personas *“a la defensa y asistencia de letrado”*. El artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice que *“toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho”*.

El derecho de contradicción es una manifestación del derecho de defensa. Consiste en el derecho que tienen las partes del proceso (en este caso la parte imputada) a ser oído en el mismo y a participar en igualdad de condiciones con el resto de partes, en todas las pruebas que se vayan a practicar, así como el derecho a poder defenderse, alegar y proponer pruebas e interponer los recursos que la ley facilite en dicha igualdad.

Dentro del derecho de contradicción se encuentra el acceso de la parte a la información testifical. Este acceso ha sido tratado por el Tribunal Constitucional¹, y requiere en primer lugar, que la diligencia sea intervenida por la autoridad judicial; y, en segundo lugar, que se dé la oportunidad a la defensa del inculpado de participar de forma activa en la práctica de la diligencia sumarial. Esta segunda condición se puede ver modificada o afectada dependiendo de cada situación concreta, pero el Tribunal

¹ STC 12/2002, 187/2003 y 1/2006.

Constitucional exige que se proceda a la lectura de dicha diligencia, para posibilitar someter su contenido a la confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el acto del juicio oral.

Otra manifestación del derecho de defensa es el derecho de la parte a interrogar a los testigos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estudiado el incumplimiento de este derecho, que supone a su vez la vulneración de los artículos 6.1 y 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos², y parte de la premisa de que, como regla general, las pruebas deben ser practicadas en presencia del acusado en una audiencia pública, para poder tener un debate basado en el principio de contradicción. Sin embargo, reconoce que la utilización de las declaraciones obtenidas en fase sumarial como prueba, no es en sí misma incompatible con los citados artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos³. Y ello será así, siempre que se respeten los derechos de la defensa, y, para ello entiende que es necesario que el acusado tenga oportunidad de impugnar e interrogar a un testigo que declare en su contra, bien en el momento de prestar declaración o bien en un momento posterior del procedimiento.

En los procedimientos en los que ha de declarar como testigo/víctima un menor de edad, es necesario estudiar en qué condiciones ha de hacerlo y como se pondera dicha declaración con el derecho de defensa del imputado. El estudio de dicha práctica de esta prueba testifical ha evolucionado de forma positiva, ya que hemos pasado de que el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de junio de 1998, dictada por la Sala Segunda, casara la sentencia de instancia porque las dos testigos víctimas –de 6 y 8 años de edad-, habían declarado sin confrontación visual con los acusados, uno de ellos su padre, porque se colocó un biombo en la sala, a aplicar la doctrina de la Sala Gessel, como a continuación veremos.

² Artículo 6.1: “Toda persona tiene el derecho a ser oído equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la 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. La sentencia deberá ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia podrá ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.”

Artículo 6.3 d): “Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: d) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.”

³ Caso Kostovski c/Holanda, de 20 de noviembre de 1989; caso Asch c/Austria de 26 de abril de 1999.

Es necesario remitirse a la regulación que se ha hecho en la Unión Europea de la posibilidad de que los menores, como testigos especialmente vulnerables, se vean eximidos de declarar en el acto del juicio oral, acudiendo a la prueba preconstituída en la fase de instrucción. Así, tanto en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal⁴, como en la Convención del Consejo de Europa sobre protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual, hecha en Lanzarote el 25 de octubre de 2007⁵, se recogen ya no como una posibilidad sino como una necesidad ante la especial vulnerabilidad que presentan estas víctimas, que se adopten las medidas necesarias para que las entrevistas que se realicen con los menores, siempre en lugares adecuados y por expertos especialmente capacitados, sean grabadas y puedan ser aceptadas como prueba en el juicio oral, debiéndose hacer uso de las nuevas tecnologías para llevar a cabo la declaración de la víctima ante un tribunal sin necesidad de estar presente. En las Reglas de Basilea sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en Asamblea Plenaria de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, se hace referencia a la necesidad de mitigar las consecuencias derivadas de la victimización secundaria (Regla 12), recomendándose la práctica de la prueba anticipada de dichos testigos especialmente vulnerables.

En el derecho procesal español, los artículos 433,2º y 448, 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁶, permiten que se preconstituya la declaración testifical de los menores. Y a pesar que el artículo 707 del mismo texto legal recoge la posibilidad de hacer uso de cualquier medio técnico para evitar la confrontación visual en el acto del juicio oral, de lo que se puede deducir que es necesaria la declaración en ese momento procesal, la doctrina y la Jurisprudencia defienden que los menores puedan declarar únicamente en la instrucción del procedimiento, y que después esa declaración se pueda visionar en el acto del juicio oral, y todo ello para evitar a dichos menores el estrés

⁴ “Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y, sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho.”

⁵ Artículo 35.2 y artículo 36.2.b).

⁶ Artículo 433.2: “Toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor podrán estar presentes, salvo que sean imputados o el juez, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde lo contrario. El juez podrá acordar la grabación de la declaración.”

Artículo 448.3: “La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.”

emocional que les va a provocar tener que declarar nuevamente sobre lo ya declarado, volviendo a recordar sucesos dolorosos para ellos, teniendo además una segura interferencia en la recuperación emocional y, en la mayoría de los casos, médica y terapéutica de los menores. Además, una nueva declaración sobre hechos ya relatados, puede llevar, debido al tiempo transcurrido, a que el menor esté “contaminado” por su relación con los mayores, e incluso influenciado, pudiendo llegar a modificar su relato; mientras, que la declaración en instrucción suele ser mucho más inmediata en el tiempo y más cercana al momento en el que ocurrieron los hechos, y, por ello, mucho más cercana a la realidad de lo que efectivamente ocurrió. Debido a la corta edad que suelen tener los menores, la doctrina y la Jurisprudencia exigen que la declaración en la fase de instrucción, se realice por un (o varios) profesional experto y en un contexto y espacio adecuado y, como ya hemos adelantado, lo más próximo posible al momento en el que ocurrieron los hechos, con el fin de conseguir que el recuerdo sea más fresco y efectivo.

Y viene aquí a colación la reciente doctrina de la “Sala Gessel”. Las Salas Gessel son espacios cerrados, ambientados para la comodidad de los niños según sus diversas etapas de desarrollo; cuentan con un espejo unidireccional, que permite, desde una habitación conexas, mirar lo que pasa dentro de la sala sin que el niño o niña vea directamente a las personas que lo observan. Se les dice quienes están detrás del espejo, y los menores deben estar de acuerdo con esto, pero además la entrevista es videograbada a fin de que todo el lenguaje verbal y no verbal pueda ser registrado y utilizado con posterioridad, evitando así las múltiples interrogaciones y reduciendo la victimización secundaria.⁷ La entrevista se realiza por un profesional que cuenta con los instrumentos pertinentes y que debe lograr la atmósfera de confianza necesaria para conseguir una buena comunicación con el menor.

Como elementos necesarios para el funcionamiento de estas Salas, se necesitan:

- Una sala con espejo unidireccional y sala contigua de observación, equipada con mobiliario adecuado, instrumentos de diagnóstico y sistema de grabación en audio y video.
- Un Manual de Operaciones y Protocolo de Entrevistas altamente estructurado, como se ha observado en la experiencia comparada (Costa Rica, Argentina, España, etc.).

⁷ “Género, infancia y adolescencia”, publicado por Sergio Henríquez Galindo el 17 de febrero de 2011.

- Personal altamente calificado y entrenado en la toma de declaraciones y entrevistas a niños víctimas de maltrato grave físico y psicológico, y de abusos sexuales. Idealmente se requiere profesionales con certificación en la materia.
- Seguimiento, supervisión y sistematización de la experiencia, por medio de un equipo multidisciplinario que se asegure de la correcta aplicación del manual y protocolo, acompañe al equipo ejecutor en la resolución de los problemas que se encontrarán, y elabore documentos que den cuenta del desarrollo y la experiencia generada en la Sala.
- Un programa de capacitación o de formación que garantice el correcto uso de la sala, y la disminución efectiva de la victimización secundaria⁸.

Este sistema ha sido admitido ya en Sentencias del año 2002 y 2005, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el primer caso y por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, en el segundo⁹. El TEDH afirma que la utilización como prueba de las declaraciones prestadas en la fase de investigación, no es incompatible con las exigencias de un proceso justo, siempre que se respeten los derechos de la defensa, que exigen que el acusado o su letrado hayan tenido la oportunidad de interrogar a dicho testigo, durante la tramitación. El Tribunal de Luxemburgo, por su parte, estableció la necesidad de promover “incidentes de adquisición probatoria”, previos al juicio oral, que respetando los derechos de defensa, minimicen los riesgos derivados de la victimización secundaria de los menores.

Importante por ser muy reciente y por asumir estas teorías explicándolas muy claramente, es la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de marzo de 2013 (STC 57/2013, BOE, núm. 86, de 10 de abril de 2013). En ella el TC analiza la práctica de las declaraciones testificales de dos niñas menores de edad que fueron víctimas de abusos sexuales por parte de un profesor de su colegio, (cuando ocurrieron los hechos en octubre de 2008 contaban con cinco años y medio de edad) y la posible afectación del derecho de defensa del recurrente en amparo. En primer lugar, parte de la Sentencia del mismo tribunal 174/2011, en la que ya se hacía constar que, aunque la regla general para la práctica de la prueba testifical es el interrogatorio personal en el acto del juicio oral, esta regla admite excepciones a través de las cuales, es conforme a la Constitución,

⁸ “Género, infancia y adolescencia”. Publicado por Sergio Henríquez Galindo el 17 de febrero de 2011.

⁹ STEDH Caso S.N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002 y STJCE, 2005, 184, Caso Pupino, de 16 de junio de 2005.

integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación, si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción.¹⁰ Entiende el TC que el testimonio de menores de edad, víctimas de delitos contra la libertad sexual, es uno de los supuestos constitucionalmente relevantes en los que está justificada esta modulación excepcional de las garantías de contradicción y defensa del acusado que afirma su inocencia, y ello por dos razones: la menor edad de la víctima y la naturaleza del delito investigado.

Además, como dice el TC, en los delitos de abuso sexual suele ser el testimonio de la víctima la única prueba directa sobre los hechos, siendo el resto normalmente testificales de referencia de las personas a las que la víctima ha hecho partícipe de dichos hechos, y las periciales que evalúan la credibilidad de dicho relato. Por ello, es necesario centrarse en las garantías que rodean la exploración del menor y la forma en la que esta exploración ha de introducirse en el juicio oral. Los requisitos necesarios para garantizar el principio de contradicción los enumera el TEDH en la Sentencia de 28 de septiembre de 2010¹¹, donde dice que “quien sea sospechoso de haber cometido el delito, debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener la oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior”. Por tanto, conocer la existencia de la exploración, acceder a su contenido mediante su grabación audiovisual y tener la posibilidad procesal de cuestionarla, durante su realización o en un momento posterior indicando aquellos aspectos adicionales sobre los que la defensa considera que deben ser interrogados, son las tres claves de la contradicción que deben ser respetadas en todo momento.

En el supuesto objeto de análisis en la Sentencia referida, el Juzgado de Instrucción acordó recabar Informe del Equipo Psicosocial del Juzgado sobre las menores de edad que habían sido víctimas de los abusos, ampliándose después a las dos menores cuyos padres habían presentado denuncia por los hechos. Dichos informes fueron aportados al Juzgado de instrucción, que después de la práctica de las pruebas que consideró oportunas, sin incluir las exploraciones de las menores, acordó la continuación de la causa contra el demandante en amparo, por los trámites del

¹⁰ STEDH Caso Gani contra España, de 19 de febrero de 2013.

¹¹ STEDH Caso A.S. contra Finlandia, de 28 de septiembre de 2010.

Procedimiento Abreviado, por si los hechos fueran constitutivos de un delito de abuso sexual, dicho Auto no fue recurrido. El Ministerio Fiscal y la Acusación Particular presentaron sus respectivos escritos de acusación, dictándose Auto de Apertura de Juicio Oral por el Juzgado y presentándose escrito de defensa por la defensa, sin que por ninguna de las partes (ni acusaciones ni defensa) se solicitara la prueba testifical de las menores. Entiende la parte recurrente en amparo, que se utilizaron para condenarle pruebas que estaban viciadas desde la fase de instrucción por falta de contradicción, porque no pudo contradecir las manifestaciones de las menores ya que no habían intervenido en ninguna diligencia y no habían declarado en el Juicio Oral, entendiéndose que la testifical de referencia de los padres no era suficiente prueba de cargo para ser condenado.

Entiende el TC que no se ha vulnerado el principio de contradicción en el presente caso, dado que las menores fueron exploradas en la instrucción por el encargado del equipo psicosocial del Juzgado; en dicha exploración participaron una psicóloga y una trabajadora social y fue grabada en soporte audiovisual, siendo su reproducción íntegra propuesta como prueba y llevada a efecto en el acto del Juicio Oral; así como que en el Informe pericial se incorporó la versión de los hechos que las menores facilitaron y por las peritos se realizó la evaluación de credibilidad de dichas manifestaciones. Cuando se recibió dicho Informe, se puso a disposición de las partes, habiendo solicitado tres meses después, la defensa del demandante en amparo, que se aportaran las notas manuscritas de las conversaciones mantenidas con las tutoras de las menores por parte de las psicólogas, que no pudieron ser facilitadas porque no se conservaban por estas. Durante los siguientes meses hasta la apertura de juicio oral, la defensa no solicitó otras diligencias de investigación ni recurrió el Auto de Procedimiento Abreviado. El recurrente en amparo pudo ejercer de forma adecuada el derecho de defensa porque las grabaciones fueron puestas a su disposición (como a la del resto de las partes) y pudo haberlas cuestionado (sin que finalmente lo hiciera). Además, no propuso como prueba en su escrito de defensa, el interrogatorio de las menores, por lo que entiende el TC que “no se aprecia el déficit de contradicción que sería constitucionalmente relevante si, de haber pretendido cuestionarlas, le hubiera sido impedido por los órganos judiciales”.¹²

¹² SSTEDH S.N. contra Suecia de 10 de noviembre de 2005; contra Finlandia de 24 de abril de 2007 y Auto Accardi y otros contra Italia, de 20 de enero de 2005.

Vemos por tanto, como la Jurisprudencia actual, modula el derecho de defensa cuando se ven afectados, en determinados procedimientos, los derechos de testigos especialmente vulnerables, sin que por ello se vea mermado en su eficacia ni, mucho menos, perjudicado por esta modulación, ya que siguen teniendo, las defensas, a su disposición, los instrumentos necesarios para hacer valer este derecho durante todo el procedimiento.

* * * * *

Nulidad del auto de remisión definitiva por hechos cometidos durante la vigencia del plazo de suspensión de la ejecución de las penas de prisión.

~Prof. Marta Escudero Muñoz~

Prof. Asociada de la Universidad Carlos III de Madrid. Fiscal sustituta adscrita a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Socia de la FICP.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL ESTUDIO

La suspensión condicional de la pena de prisión se entiende como un beneficio legal, previsto con carácter general y salvo excepciones establecidas, para penas privativas de libertad no superior a dos años de prisión. El beneficio, sin embargo, no es automático, debiendo superar, como primer presupuesto, el test de peligrosidad que en todos los supuestos exige el artículo 80.1, párrafo 2, del Código Penal (CP). La suspensión ha de condicionarse a que el reo no delinca en el plazo fijado por el Juez o Tribunal, conforme al artículo 80.2 del CP. Se puede producir la suspensión de la pena de prisión por la vía de los artículos 80, 81 y 82.

Partiendo del conocimiento de que se trata de una facultad discrecional del Tribunal y del conocimiento de los requisitos tanto objetivos (pena privativa de libertad inferior a dos años, delincuente primario y haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito cometido salvo que se declare la imposibilidad total o parcial de hacer frente a la misma) y por la vía especial de los artículos 80.4 y 87 del CP, se pueden plantear varias cuestiones en relación a la revocación de la pena.

Desde que se dicta una sentencia firme en un proceso penal, hasta que se produce el archivo definitivo de la ejecutoria que como consecuencia de la cual se incoa, hasta que se concurre una causa de extinción de la responsabilidad penal, en este caso por cumplimiento o por remisión definitiva tras la concesión de los beneficios de la suspensión o sustitución de la pena, existen innumerables trámites que conllevan la eficacia de la ejecución.

II. LA REVOCACIÓN DE LA SUSPENSIÓN. LA REMISIÓN DE LA PENA: ARTS. 84 Y 85.

2.1 La revocación de la suspensión de la pena

La revocación de la suspensión se regula en el Código Penal, en los arts. 84 y 85.1 (éste respecto del incumplimiento de las obligaciones impuestas al penado) y en el art.

85.2 el efecto de su observancia.

El art. 84.3, añadido al texto del CP por la L.O. 15/03, impone la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta por la comisión de los delitos de los arts. 153 y 173.2, cuando se incumplan las obligaciones o deberes del art. 83.1, 1ª y 2ª.

El efecto previsto por la ley equipara el tratamiento de esta situación con el de la infracción de la obligación de no volver a delinquir, por lo que ambas se constituyen en obligaciones esenciales frente a las demás contempladas en el art. 83, cuyo incumplimiento sólo permite revocar la suspensión cuando fuera reiterado.

El art. 84.3 no prevé la tramitación que el órgano judicial haya de seguir para acordar la revocación de la suspensión ante el incumplimiento de las obligaciones o deberes a los que se refiere. El respeto del derecho de defensa y la identidad de la consecuencia prevista en este apartado con la última del número anterior (art. 84.2, c), obliga a exigir en ambos casos idénticos requisitos, concretados en la concesión de audiencia de las partes y decisión mediante auto, manteniéndose criterios distintos al respecto, puesto que mientras en algunos Juzgados la audiencia es por escrito a las partes, en otros, con mejor criterio, se exige la audiencia personal al penado¹.

¹ En este sentido F. DE LA FUENTE HONRRUBIA “*Hacia la optimización procesal de la ejecución penal: resultados del proyecto de sesiones incidentales de ejecución de los Juzgados de lo Penal de Cartagena*” en Boletín de la Comisión Penal de las Jornadas de Jueces para Democracia, pgs 31, 32 y 33, mantiene la necesidad de audiencia personal al penado y así establece “Según la previsión del art. 84 CP si el penado al que se le ha concedido el beneficio de la suspensión de la pena no cumple alguno de los deberes y obligaciones que hayan podido fijársele conforme a lo dispuesto en el art. 83 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, previa audiencia de las partes, según los casos: a) Sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta; b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años. c) Revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado. Cobran especial interés estas audiencias cuando en las suspensiones concedidas el penado ha cumplido el requisito de no delinquir durante el plazo prefijado pero, sin embargo, no ha cumplido con la obligación de pago de la responsabilidad civil si la misma se fijó como condición adicional. Conforme al tenor literal del precepto no cabe revocar el beneficio automáticamente sino que hay que conferir audiencia a las partes. Para evitar sucesivos traslados y una prolongación innecesaria en el tiempo, cobra especial relevancia valorar las alternativas que establece el citado precepto en una audiencia incidental, donde tras dar audiencia al penado y escuchar las razones y motivos que han motivado el impago y el grado de compromiso de abono de la cantidad, puede decidirse (previa conformidad del perjudicado) desde prolongar el plazo de suspensión con fijación de nuevos plazos de pago de la responsabilidad civil, o valorar la revocación si hubiese requerimientos previos o ya se hubiese producido esa ampliación en una ocasión anterior.

Cuando se trata de la revocación de la suspensión extraordinaria del art. 87 Código Penal, la única posibilidad de no revocar el beneficio por no cumplir las condiciones o deberes impuestos, está prevista en el último párrafo del núm. 5, y se reserva a supuestos donde transcurrido el plazo de suspensión, no se acredite la deshabitación o la continuidad del tratamiento del reo. En este caso cabe, oídos los informes correspondientes, ordenar la continuación del tratamiento pudiendo conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años. En estos casos, las audiencias cobran igualmente una especial trascendencia para que el Juez o Tribunal pueda dar audiencia al penado al objeto

En ocasiones el penado infringe las obligaciones o deberes que le fueron impuestos, con el consentimiento de quien fue la víctima de los hechos castigados por los arts. 153 y 173.2. Cuando así ocurre también suele presentarse la paradójica situación de tener que aplicar el art. 84.3, lo que da lugar a la revocación de la suspensión y al ingreso en prisión, contra la voluntad de la persona para cuya protección la ley prevé estas consecuencias.

El choque del mandato legal con el deseo del titular del bien jurídico afectado genera en estas ocasiones un contexto extraño que obliga a asumir una doble iniciativa que, aunque en principio pueda parecer contradictoria, constituye la única posibilidad de conjugar ambos.

En estos casos, la Fiscalía General del Estado, y siguiendo la Circular 1/2005 de 31 de marzo sobre la reforma operada por LO 15/2003 de 25 de noviembre, prima la observancia del art. 84.3, y, por tanto, de instar la ejecución de la pena de prisión, previa revocación de la suspensión. Sin embargo, el estricto acatamiento de esta obligación no implica que la voluntad de la víctima tenga que ser siempre desoída entendiendo que debe ser tenida en cuenta con la máxima prudencia atendiendo las las circunstancias del caso. En caso afirmativo, aun cuando en virtud de lo dispuesto por el art. 84.3, deben interesar la revocación del beneficio y el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, si las circunstancias lo hacen necesario, pueden utilizar la facultad prevista en el art. 20 de la Ley de 18-6-1870 y proponer el indulto de la misma, y, con base en el art. 4.4 CP, la suspensión de su ejecución hasta que se resuelva la concesión o denegación del beneficio.

2.2 La revocación de la suspensión dictado el auto de remisión de la pena

Los arts. 84 y 85 del CP conforme a la redacción dada por la LO 15/2003, que se mantiene en la actualidad, siguen sin declarar expresamente si procede ejecutar la pena suspendida, previa revocación de la suspensión y de la remisión, cuando, después de concedida ésta, se tenga conocimiento de que, durante el plazo del beneficio, el condenado volvió a delinquir o, en su caso, incumplió las reglas de conducta impuestas.

de que explique las causas o motivos por los cuales no ha culminado el proceso de deshabitación, y con ello, los informes médicos o de seguimiento de los Centros, y los informes del Ministerio Fiscal y las partes, en unidad de acto, decidir si es procedente dicha prórroga para la resocialización y no criminalización secundaria del penado.

Esta duda nació cuando el CP de 1995 derogó la Ley de 17 de marzo de 1908, sobre *condena condicional*, sin introducir ningún precepto análogo a su art. 14, que disponía el cumplimiento de la pena suspendida cuando el reo fuese condenado después del plazo de suspensión por hecho cometido dentro del mismo, salvo el caso de prescripción.

Según la citada Circular, bajo la vigencia del CP de 1995 la jurisprudencia de muchas Audiencias Provinciales ha venido mantenido que se debe ejecutar la pena suspendida, ya que el auto de remisión de la misma se encuentra sometido a la previa condición resolutoria de no haber delinuido durante el período de suspensión, por lo que sus efectos jurídicos perviven en tanto no se produzca la misma². La misma doctrina afirma que, en tal situación, la dicción imperativa de los arts. 84 y 85 da lugar a la ejecución de la pena suspendida y remitida, porque en el art. 84.1 ordena proceder a la ejecución de la pena, sin exceptuar de este mandato los casos en los que se hubiera dictado auto de remisión.

Esta conclusión se ve reforzada, de un lado, porque la ausencia en el ordenamiento vigente de un precepto paralelo al art. 14 de la derogada Ley de 1908, no ha de interpretarse como un cambio de criterio legislativo sino sólo como la constatación de la imposibilidad de recoger en el Código Penal toda la tramitación procesal de la institución; y, de otro, porque esta solución evita el efecto criminógeno que produciría en otro caso la cercanía del fin del plazo de suspensión.

² Vid. en este sentido el Auto núm. 45/1997 de 11 julio ARP 1997\1694 de la Audiencia Provincial de Albacete (sección 1ª) : “Alega, en definitiva, el recurrente que se habría producido un vacío normativo tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995 que expresamente deroga la Ley de 17 marzo 1908 y no establece expresadamente, al igual que hiciera el art. 14 de la referida Ley, que también se produce el supuesto de revocación del beneficio «si se cumpliera el plazo de suspensión sin ser condenado, pero después lo fuese por hecho punible cometido dentro de aquel plazo...». Al respecto ha de indicarse que, como perfectamente indica el Juez «a quo» sin que en aras a la brevedad sea necesario reproducir sus argumentos, de una parte ha de atenderse, en orden a la comisión del delito a la fecha del hecho, en consecuencia, la fecha de cuando se entiende cometido el delito es la del hecho que sirve de base para la declaración del hecho como delito con independencia de la fecha en que definitivamente se juzgue el hecho o la sentencia adquiera firmeza, por lo que aun prescindiendo de la aclaración que el propio art. 14 establecía es obvio que procedía revocar los beneficios de la condena condicional si, en definitiva, se había delinuido durante el referido período, pues es de lógica que de no ser así se haría un trato de favor precisamente en aquellos casos en los que por la cantidad de funcionamiento de la administración judicial no se dictase sentencia en el plazo indicado, dejando a salvo los supuestos de prescripción, y de otra parte, porque, en definitiva impuesta pena y aplicado los beneficios de la condena impuesta pena y aplicado los beneficios de la condena condicional con arreglo a la normativa anterior derivada del Código de 1973, ha de tener en cuenta el sistema normativo vigente en todo lo referente a las incidencias derivadas de la ejecución, sin perjuicio del derecho del solicitante, como perfectamente ya indica el juzgador de instancia de solicitar la revisión de la condena a la luz de los preceptos del nuevo Código Penal si le fuere más favorable. Razones que exigen desestimar el recurso”.

La L.O. 15/03 añadió una nueva causa de extinción de la responsabilidad criminal a las ya existentes. El nuevo motivo, contenido en el art. 130, 3º, declara que la responsabilidad criminal se extingue *por la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en el artículo 85.2 de este Código*, y obliga a decidir si tiene alguna trascendencia sobre la situación previa.

La respuesta, según la citada Circular de la Fiscalía General del Estado, fue negativa porque el reenvío que realiza el art 130, 3º liga directamente la desaparición del *ius puniendi* con la remisión pero, también, con su presupuesto fáctico: que el sujeto no hubiese delinquirido y que, en su caso, hubiera cumplido las reglas de conducta impuestas, por lo que, de no producirse esta situación, entienden que no procede la extinción.

Entiende la mencionada circular que la comisión de un delito o la infracción de una regla de conducta durante el plazo de suspensión ha de dar lugar a la revocación del beneficio, *incluso aunque se hubiera acordado la remisión y la extinción de la responsabilidad criminal*, dejando a salvo la posibilidad de que ésta se hubiese extinguido por la concurrencia de cualquiera otra de las causas previstas en el art. 130 del Código.

En definitiva, y pese a hacer referencia a las normas aplicables antes de la entrada en vigor del CP95, afirman la vigencia de la doctrina establecida en la Consulta 3/83, de 22-4, ratificada por la Consulta 1/95, de 16-2, ambas de la Fiscalía General del Estado, según la cual: a) la suspensión concedida no se puede revocar por la comisión de delitos anteriores al acto de concesión, con independencia del momento en el que hubieran sido sentenciados³, y b) la revocación de su concesión sí procede si los hechos delictivos se cometieron durante el plazo de suspensión, siendo intrascendente que la correspondiente sentencia fuera dictada después de su finalización.

El criterio que sigue la Fiscalía General del Estado no es uniforme, pues no todas las Audiencias Provinciales comportan los mismos criterios y existen muy pocos supuestos en los que se trata en profundidad el tema, dando lugar a diversas interpretaciones en algunos casos muy dispares. Vamos a pasar a analizar de una forma sistematizada las distintas posturas seguidas por las Audeincias en sus resoluciones:

³ Vid. STS núm. 952/2004 de 15 julio RJ 2004\7289 ; Auto de 28 septiembre 1994 ARP 1994\291 de la Audiencia Provincial de Barcelona.

- a) El criterio mayoritario de las Audiencias, es que el Auto de remisión de la pena suspendida es un Auto sometido a una previa condición resolutoria y tiene efectos mientras no se acredite que se ha cumplido la condición, esto es, la acreditación de haberse cometido delito durante el período suspensivo, en base a la interpretación del artículo 84.1 del Código Penal que establece que si el sujeto delinquiera durante el plazo de suspensión deberá ordenarse la ejecución de la pena.

Entiende este sector jurisprudencial que el auto de remisión no representa obstáculo para ordenar la ejecución de la pena suspendida, al depender la continuación de sus efectos jurídicos de la no producción de una condición resolutoria, que luego se acredita realizada.

Se basan en razones de *prevención especial* y que se concede o deniega la suspensión de la pena atendiendo fundamentalmente a la *peligrosidad criminal del sujeto* (art. 80.1 C.P.), y si se ha acreditado la peligrosidad por la comisión de un hecho delictivo durante el período de suspensión sería contradictorio con su "ratio essendi" no ordenar que se revoque el auto de remisión. Añade además que si el artículo 84.1 del C.P. obliga al Juez a revocar la suspensión de la ejecución de la pena si el sujeto delinquiera durante el período de suspensión y no añade a continuación, *salvo que ya se hubiera dictado el auto de remisión*, exigir esa precisión limitativa de su sentido literal constituye el ejercicio de una facultad vedada al Juez, por cuanto "*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*".

En este sentido tenemos en Auto núm. 183/2002 de 11 julio de la Audiencia Provincial de Zaragoza, seguido por muchas otras resoluciones posteriores como el Auto núm. 419/2012 de 20 junio⁴, en el que se acuerda revocar el auto de remisión definitiva de la pena al constatar que el penado había delinquido en el período de suspensión de la pena⁵.

⁴ Vid. JUR 2012\282312.

⁵ El Auto núm. 183/2002 de 11 julio JUR 2002\227460 de la Audiencia Provincial de Zaragoza resuelve el recurso de queja interpuesto por el Ministerio Fiscal en la Ejecutoria n.º 145 de 1995 del Juzgado de lo Penal n.º 7 de Zaragoza, contra el Auto de fecha 30/05/2002, con base en los siguientes argumentos: habiéndose suspendido la ejecución de la pena por Auto de 13-07-1999 por dos años se dictó el 8-10-2001 Auto remitiendo definitivamente la pena al penado, quién fue condenado en sentencia firme de 2 de noviembre de 2001, por hecho realizado el 23 de enero de 2000, y, por tanto, en período de suspensión de ejecución de la pena impuesta, cuyo inicio tuvo lugar el 29 de julio de 1999. Solicitando por el Ministerio Fiscal revocar el Auto de suspensión, se denegó por el Juez Penal por Auto 30-05-2002, contra el que se recurre en queja. Turnado a esta Sala se formó Rollo n.º 37/2002 designando ponente a D. Julio Arenere

En este mismo sentido debe señalarse el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón de 20.7.2001 y el Auto de la Audiencia Provincial de Murcia de 1 de marzo de 2004 que tiene su antecedente en el Auto de 17 de diciembre de 2003 (Rollo 203/03), que mantiene que debe revocarse la suspensión de la ejecución de la pena, evidenciando que la concesión de la remisión no debió concederse, al quedar evidenciado con posterioridad la necesidad del cumplimiento de la pena⁶.

Bayo. Mantiene que “concedida la suspensión de pena al penado por Auto de 13-07-99 y notificada dicha suspensión al penado el 29-07-99, estableciéndose un período suspensivo de 2 años, se ha tenido conocimiento por la Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Zaragoza de 2-11-2001, de que dicho penado, el día 23-01-2000, como dice el Ministerio Fiscal, en pleno período de probation, cometió un hecho que en dicha sentencia fue castigado como delito. Resulta por ello evidente que incumplida la condición por la que se otorgó la suspensión, la pena debe cumplirse, volviendo a recordarse que el auto de remisión no representa obstáculo para ello, al depender la continuación de sus efectos jurídicos de la no producción de una condición resolutoria, que luego se acredita realizada. Esta Sala ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en el Auto de 12.1.2002, el cual, revocó el Auto de remisión definitiva, por haberse conocido tras ser dictado el mismo que el penado delinquirió y ordenó la ejecución de la pena suspendida y remitida. Y es que estando la suspensión de ejecución de pena basada en razones de prevención especial y que se concede o deniega atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto (art. 80.1 C.P.), es contradictorio con su "*ratio essendi*", que acreditada, por la ejecución en período suspensivo de un delito, dicha peligrosidad criminal del autor, no se revoquen los beneficios otorgados y no se ordene la ejecución de la pena suspensa. Máxime cuando tales beneficios y la continuidad en su disfrute se han hecho depender por el Juez de la expresa condición resolutoria de no volver a delinquir en el período suspensivo. Si el artículo 84.1 del C.P. obliga al Juez a revocar la suspensión de la ejecución de la pena si el sujeto delinquiera durante el período de suspensión y no añade a continuación, salvo que ya se hubiera dictado el auto de remisión, exigir esa precisión limitativa de su sentido literal constituye el ejercicio de una facultad vedada al Juez. Y sin que tal criterio afecte al principio de seguridad jurídica en que se basa la Juez para rechazar la pretensión del Ministerio Fiscal, ya que tal principio tiene que ver con razones arbitrarias de puro hecho; que no es el caso. Como dice el Ministerio Fiscal: "La ley de condena condicional de 17 de marzo de 1908 -interpretación histórica plausible-, la cual mantuvo su vigencia hasta la entrada en vigor del C.P. de 1995, contemplaba expresamente los casos en que hubiera transcurrido el plazo sin que el reo fuera condenado por resolución firme pero lo fuera con posterioridad por un hecho punible cometido durante el período de suspensión, inclinándose a favor del cumplimiento de la pena que fue suspendida, salvo el caso de prescripción." Sin que la no inclusión de un precepto similar al estudiado de la Ley de 1909 en el nuevo Código Penal pueda interpretarse como un cambio de criterio del legislador sino como la constatación de la imposibilidad e improcedencia de llevar a un Código sustantivo todos los aspectos procesales de la regulación de la condena condicional”.

⁶Vid. Auto núm. 45/2004 de 1 marzo JUR 2004\133427, de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5ª). Contra el Auto del Juzgado de Lo Penal que acordó revocar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad de seis meses y un día impuesta a Inocencio. Se formula recurso de Queja por la representación de dicho condenado, en base a que cuando vuelve a delinquir el mismo ya se debería de haber declarado la suspensión definitiva de la condena el día 02-01-1997 transcurridos los dos años de suspensión provisional concedida. Por lo que, cuando se produce la nueva condena no cabe ya el cumplimiento de la anterior. Por el Ministerio fiscal, se solicitó la confirmación del Auto recurrido. Sobre la presente cuestión ya se ha pronunciado esta Sección en Auto de 17-12-2003 Rollo 203/03, en el sentido expresado por el Juez Penal, de que el acta de suspensión de condena se corresponde con el primer párrafo del art. 14 de la Ley de Condena Condicional de 17-03-1908 en el que expresamente se dice que "si antes de transcurrir el plazo de duración de la condena condicional el sometido a ella fuese de nuevo sentenciado por otro delito, se procederá a ejecutar el fallo en suspenso". Pero ese artículo tiene un segundo párrafo que establece que "si cumpliere el plazo de suspensión sin ser condenado, pero después lo fuese por hecho punible cometido dentro de aquel plazo, se le obligara a que cumpla la pena que fue suspendida, salvo el caso de prescripción". Así pues, el expresado art. 14 ordenaba ejecutar el fallo sin durante el plazo de suspensión fuese el penado de nuevo condenado por otro delito o incluso si fuese condenado después, si el hecho punible hubiere sido cometido dentro de aquel plazo. Extremo este último

Igualmente el reciente auto de la Audiencia Provincial de Almería de 8 de febrero de 2012, que entiende aplicación imperativa lo dispuesto en el artículo 84.1 y 85.2 del CP y pone de manifiesto las advertencias que se le hacen al penado y que el auto es revocable incluso transcurrido el periodo de suspensión poniendo de manifiesto que ni siquiera el juzgado más diligente sería capaz de hacerlo dentro de él cuando el nuevo delito se comete, por ejemplo, durante los últimos días del período de suspensión⁷.

- b) Otro sector de las Audiencias, de modo opuesto y contradictorio, entiende que el auto de remisión definitiva dictado por el Juzgado de lo Penal, adquiere firmeza si no se ha interpuesto recurso alguno contra el mismo. Y a partir de tal momento, dicho auto produce la extinción de la responsabilidad criminal, conforme establece el artículo 130-3º del Código Penal por lo que si se constatará la producción de hechos cometidos durante periodo de suspensión pero sentenciados después del auto de remisión de la pena, entienden que no es posible dejar sin efecto dicha resolución y consecuentemente revocar el periodo de suspensión. La base de su razonamiento está en el principio de *seguridad jurídica*.

En este sentido el Auto núm. 5/2008 de 17 enero dictado por la Audiencia Provincial de Valladolid⁸. Este Tribunal inicia esta línea doctrinal, a través de la

que no tiene en cuenta el recurrente. En esta línea interpretativa se pronunció la fiscalía general del estado en su Consulta 1/95 de 16 de Febrero, interpretación que no ha variado en el vigente Código Penal según se desprende de la literalidad de los art. 83 y 84 del C.P. al referirse el primero que "la suspensión de la ejecución de la pena quedara siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado pro el Juez o Tribunal conforme al art. 80.2 de este código" y al disponer el segundo " si el sujeto delinquiera durante el plazo de suspensión fijado. El Juez o Tribunal revocara la suspensión de la ejecución de la pena". Y como también se decía en la citada resolución, dicha interpretación no constituye inseguridad jurídica alguna sino que lo que demuestra es que la concesión de la remisión no debió de concederse al quedar evidenciado con posterioridad que hubiera sido preciso el cumplimiento de la pena.

⁷ Vid. Auto núm. 22/2012 de 8 febrero JUR 2012\163927 de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 3º): No comparte esta Sala el criterio expuesto en la resolución recurrida en cuanto a la pretendida necesidad de que la revocación de la suspensión se lleve a cabo ineludiblemente durante la vigencia del plazo, en este caso dos años, por el que se suspendió la condena, ya que dicho planteamiento olvida que el límite a la revocación de la pena impuesta en sentencia viene constituido por el plazo de prescripción de la pena suspendida, como tiene declarado el Tribunal Supremo en su sentencia 952/2004. Debe señalarse además que la circunstancia de revocarse la suspensión después de concluido el plazo de ésta es la consecuencia legal e ineludible de la conducta del propio penado a quien, al notificarle la suspensión, se le advirtió ya de las consecuencias que para él tendría volver a delinquir durante el plazo de dos años fijado. No en vano los arts. 84.1 y 85.1 CP tienen carácter imperativo sin que en ellos, ni en ningún otro del Código Penal se establezca que la revocación de la suspensión deba realizarse dentro del periodo de suspensión, lo que por otra parte resultaría materialmente imposible toda vez que, en determinadas ocasiones, aunque no sea este el caso, resulta inevitable revocar después de concluido el plazo, pues ni siquiera el juzgado más diligente sería capaz de hacerlo dentro de él cuando el nuevo delito se comete, por ejemplo, durante los últimos días del período de suspensión. Lo relevante es, por tanto, que la fecha de comisión de los nuevos hechos delictivos se encuentre dentro del plazo de suspensión.

⁸ En este sentido el Auto núm. 5/2008 de 17 enero, JUR 2008\115556, de la Audiencia Provincial de

presente resolución. Mantiene que el principio de seguridad jurídica, en que basa su resolución el Juzgado de lo Penal de Valladolid, y entiende que es de plena aplicación al auto de remisión definitiva.

- c) Una tercera posición, siguiendo igualmente el principio de *seguridad jurídica*, hace un estudio extensivo del verbo “delinquiere...” del artículo 84 y 85 del CP y entiende que para que se pueda entender que el penado ha vuelto a delinquir en el periodo de suspensión, es necesario que en ese mismo periodo haya existido sentencia firme, no siendo suficiente que hubiera cometido un delito del que fuera sentenciado después del periodo de suspensión, por lo que entiende en consecuencia que no es factible la revocación del auto de remisión.

En este sentido mencionar el Auto núm. 362/2012 de 6 marzo de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid ⁹

Madrid: El Juzgado de lo Penal número uno de Valladolid, en ejecución de sentencia dicta auto de remisión definitiva, al entender que el penado, no delinquiró dentro del plazo de suspensión de la pena. Con posterioridad se une a las actuaciones testimonio de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número uno de Palencia, en cuyos hechos probados aparece que el penado delinquiró dentro del plazo de la suspensión concedida por Penal uno de Valladolid. El Fiscal interesa se deje sin efecto el auto de remisión definitiva y se revoque la suspensión de la pena. Por providencia de 4-6-2007, el Juzgado de lo Penal número uno de Valladolid acuerda, no haber lugar a lo solicitado por el Ministerio Fiscal. Este interpone recurso de reforma que se desestima, ante lo que presenta recurso de apelación, que se admite a trámite, con remisión de testimonio de las actuaciones a la Audiencia Provincial para su resolución. Correspondió el conocimiento del recurso en virtud de turno de reparto a esta Sección Segunda, siendo designado Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Feliciano Trebolle Fernández. La Audiencia Provincial de Valladolid entiende que el auto de remisión definitiva dictado por el Juzgado de lo Penal, adquirió en su día firmeza, al no haberse interpuesto recurso alguno contra el mismo. A partir de tal momento, dicho auto produjo la extinción de la responsabilidad criminal, conforme establece el artículo 130-3º del Código Penal. En el momento en que se dictó dicho auto, no constaba que el penado, hubiese delinquido durante el plazo de la suspensión. El auto de remisión definitiva se adecuó al tiempo de su dictado al contenido del artículo 85-2º del Código Penal. Así, con dicho auto, se extinguió la responsabilidad criminal del penado, al amparo del artículo 130-3º del Código Penal. El dato posterior de que fue condenado por el Juzgado de lo Penal número uno de Palencia durante el plazo de suspensión acordado por el Juzgado de lo Penal número uno de Valladolid, llegó a conocimiento del Juzgado de lo Penal número uno de Valladolid con posterioridad al auto de remisión definitiva, que ya había adquirido firmeza, sin que quepa una interpretación extensiva del artículo 130-3º del Código Penal en contra el reo.

⁹Auto núm. 362/2012 de 6 marzo, JUR 2012\126811 de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid. En este supuesto Juzgado de lo Penal revocó la suspensión de la pena de prisión de dos años a la que había sido condenado por haber cometido el penado un nuevo delito durante el plazo de suspensión en el que se había comprometido a no volver a delinquir. Por auto de 8 de junio de 2009 se acordó la suspensión de la pena privativa de libertad de dos años que le había sido impuesta en esta causa al penado, por haber satisfecho las responsabilidades civiles y por ser delincuente primario, condicionando la suspensión a que no volviese a delinquir en el plazo de 2 años. Dicho auto se le notificó el 9/06/09. Dicho plazo de dos años cumplía el 9 de junio de 2011, fecha en la que se debió acordar la remisión definitiva de la pena pues en aquella fecha no le constaba la comisión de ningún otro delito.

Solicitada por el penado la remisión definitiva de la pena, y consultada su hoja histórico penal, constaba en la misma sentencia de 15 de abril de 2011 en la que se le condenaba por un delito de hurto en grado de tentativa cometido el 30 de marzo de 2011. Sin embargo, dicha condena fue recurrida en apelación, dictándose sentencia por la Audiencia Provincial el 28 de junio de 2011, es decir que la misma alcanzó su firmeza ese día 28 de junio de 2011, cuando ya había finalizado el plazo de suspensión de la pena que se

III. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: NULIDAD DEL AUTO DE REMISIÓN DEFINITIVA DE LA PENA

Una vez visto y analizado los criterios existentes y no uniformes sobre la revocación de la pena suspendida cuando el penado delinquire en el periodo de suspensión, debemos tomar partido por el primero de los criterios, entendiendo que es factible la revocación del auto de suspensión cuando el tribunal ejecutor tenga conocimiento de que en el periodo de suspensión el reo ha delinquido aunque sea después de dictado el auto de remisión definitiva de la pena, no solo por el acaecimiento de la condición resolutoria sino también por razones de política criminal de prevención especial como se ha expuesto con anterioridad, porque de lo contrario se haría de mejor condición a quien recurre sistemáticamente con el único objeto de que la sentencia gane firmeza finalizado el periodo de suspensión y que así la misma no le implique revocación que, por ejemplo, el que decide conformarse a sabiendas que la sentencia ganará firmeza durante el periodo de suspensión y ello le implicará revocación.

Pues bien, es el momento de plantearse qué sucede con el auto de remisión definitiva de la pena en los supuestos en los que se tiene conocimiento de sentencia

tramita en esta ejecutoria. Mantiene el Juzgado de lo Penal, que dado que cometió nuevos hechos delictivos en el plazo de la suspensión, debe revocársele la suspensión concedida. La Sala entiende que "... el punto controvertido es como se interpreta el término "delinquire" del art. 84 y 85 del CP". Examina el término "delinquiera" del art. 84 del CP este artículo que dice: "si el sujeto delinquiera en el plazo de suspensión fijado, el juez o tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena..." Por su parte el art. 85 del CP. establece en su párrafo segundo "transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena." Y establece "en primer lugar debemos decir que, es obvio que el Tribunal debe acordar la remisión de la pena inmediatamente de transcurrido el plazo de suspensión fijado. En segundo lugar como hemos visto la ley habla de que el sujeto haya "delinquido". Aquí surge la duda si con este término nos referimos, al hecho mismo o si es necesario para entender que una persona ha delinquido que haya una sentencia firme condenatoria. El artículo nada explica. Sin embargo idéntico término se explica claramente en el art. 81 del CP: cuando se explican los requisitos para conceder la suspensión de la pena. Así el art. 81 establece: "1.- que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las condenas por delitos imprudentes, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el art. 136 de este Código." Es decir que la interpretación que da el legislador al término "delinquire" es cuando exista condena, pues en tanto no se produce la sentencia firme de condena, rige el principio de presunción de inocencia y no podemos hablar de que una persona haya delinquido. Por lo tanto aplicando de forma analógica la interpretación que el propio legislador da a este término, al art. 84 y 85 no podríamos decir que una persona ha delinquido en el plazo de suspensión de la pena si no contamos con la condena firme sobre ese hecho. En el momento en que finalizó el plazo de suspensión de la pena en nuestra ejecutoria, el 9 de junio de 2011, el apelante no tenía ninguna otra condena firme. En definitiva, entendemos que para que se pueda entender que el penado ha vuelto a delinquir en el periodo de suspensión, es necesario que en ese mismo periodo haya existido sentencia firme. Dicho esto, entendemos que en nuestro caso de autos, el plazo de suspensión de la condena finalizó el 9 de junio de 2011, entonces debió realizarse la remisión definitiva de la pena, y para entonces el Sr. Carlos Francisco no tenía ninguna otra condena firme, por lo que no puede entenderse que hubiese delinquido. Por lo que no cabe más que, decretar la remisión definitiva de la pena y entender que ha extinguido su responsabilidad penal por los hechos objeto de esa condena".

firme condenatoria por hechos cometidos durante el periodo de suspensión. Si partimos de la base que hay que dejar sin efecto la remisión definitiva, como ha de hacerse, por una nueva resolución simplemente dejando sin efecto la remisión por circunstancias o sentencia posterior comunicada con posterioridad a la remisión o mediante la nulidad del auto.

En materia de nulidad de actuaciones, el art. 238, párrafo 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), determina que la misma se acordará si se hubiere prescindido absolutamente de las normas esenciales del procedimiento o se hubieren vulnerado los principios de audiencia, asistencia y defensa, produciéndose una efectiva y material indefensión, estableciendo la jurisprudencia constitucional de forma reiterada que la nulidad ha de ser admitida con criterios restrictivos (Sent. 366/93, 106/93, 145/90) y también el Tribunal Supremo (Sentencia 10/92, Auto 23-1-95), especificando este último en sentencia de 24 de marzo de 2000 que "conforme a lo que establece el art. 242 de la referida Ley Orgánica, se ha de aplicar el principio de conservación de actuaciones que ese artículo establece y que se complementa con la posibilidad de subsanación de requisitos legalmente exigidos que se recoge en el siguiente art. 243 de la misma Norma Legal.

Lo expuesto previamente debe conjugarse con el artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, que en su apartado primero dispone que la nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos procesales para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales, añadiendo en el segundo, sin perjuicio de lo anterior, que el Juez o Tribunal podrá, de oficio antes de que hubiere recaído sentencia definitiva, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular.

De la anterior normativa debe deducirse, que son cuatro las vías a través de las cuales puede obtenerse la declaración de nulidad de las actuaciones procesales cuando están afectadas por vicios que alcanzan la trascendencia que indica el apartado primero del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (nulidad de pleno derecho o ausencia de requisitos que impida al acto alcanzar su fin o produzca indefensión), a saber: la primera, la consistente en denunciar la concurrencia de tales vicios a través de

la interposición de los recursos articulados por las leyes procesales (artículos 742 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 240.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial); la segunda, mediante declaración de oficio por parte del órgano jurisdiccional de la nulidad, siempre que el vicio no sea subsanable ni haya recaído aún sentencia definitiva (art. 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial); la tercera, acudiendo a los demás medios que establezcan las leyes procesales (art. 240.I in fine de la Ley Orgánica del Poder Judicial), y la cuarta que constituye un procedimiento extraordinario y únicamente de aplicación a los supuestos en que exista una resolución firme contra la que no quepa recurso jurisdiccional alguno y que no es otro que el procedimiento establecido en los números 3º del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Entendemos a la luz de lo expuesto, que del auto de remisión definitiva pueden predicarse los presupuestos del art. 240 LOPJ ante la “aparición” de una sentencia condenatoria por hechos sucedidos durante el periodo de suspensión de la que no se tenía conocimiento al dictarse el auto de remisión definitiva, ya sea por falta de comunicación al juzgado que remite o por omisión de la inscripción en el Registro de Penados y Rebeldes.

Que es un criterio de seguridad jurídica entender que en todo caso hay que dejar sin efecto la remisión, y entendemos que la nulidad del auto, previa audiencia de las partes, sería la solución correcta.

IV. REGULACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA QUE MODIFICA LA LO 10/95, DE 23 DE NOVIEMBRE DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 84 del CP 1995 pasa a ser el artículo 86 del Anteproyecto, que queda redactado como sigue:

1. El Juez o Tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:
 - 1) Cometa un nuevo delito durante el período de suspensión.
 - 2) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la administración penitenciaria.
 - 3) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84.
 - 4) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo comiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
2. Si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el Juez o Tribunal, podrá:

- a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas
 - b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.
- 3.- En el caso de revocación de la suspensión, los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito conforme al apartado 1 del artículo 84 no serán restituidos. Sin embargo, el Juez o Tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a sus apartados 2 y 3.

Lo mas destacable es que se sustituye la antigua redacción “si el sujeto delinquire”, que como hemos visto ha dado lugar a múltiples interpretaciones respecto al verbo delinquir (si era suficiente que hubiere delinquido o era necesaria condena durante el plazo de suspensión) por la redacción de que el penado con pena en suspenso “cometa un nuevo delito durante el plazo de suspensión”. Con esta redacción, se vuelve a la interpretación dada por al art. 14 de la derogada Ley de 1908, siendo suficiente la comisión del hecho punible durante el periodo de suspensión para revocar el auto que otorgaba la suspensión.

El artículo 85 del CP de 1995 pasa a ser el artículo 87 de la nueva reforma, que queda redactado como sigue:

“1.- Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el Juez o Tribunal, éste acordará la remisión de la pena, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.

2.- En el caso de que la suspensión hubiera sido concedida conforme al artículo 80.5 de este Código, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena cuando hubiere transcurrido el plazo de suspensión de la pena sin haber delinquido el sujeto, siempre que se haya acreditado su deshabitación o la continuidad del tratamiento. De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años.

3.- El Juez o Tribunal acordará la revocación de la suspensión y ordenará la ejecución de la pena conforme a lo dispuesto en el apartado 1) del artículo 86.1, cuando el penado hubiera sido condenado con posterioridad a la finalización de suspensión por un delito cometido con anterioridad a la misma. En este caso, la revocación de la suspensión solamente podrá ser acordada si no hubiera transcurrido más de un año desde la terminación del plazo de suspensión, y deberá acordarse dentro del plazo de seis meses desde la firmeza de la sentencia de condena.”

La parca redacción del artículo 85 CP 1995 se amplía, condicionando la firmeza del auto de remisión a varias circunstancias:

- En los supuestos de suspensión extraordinaria de la pena en los casos de drogodependientes en los que además de no haber delinquido el penado en los plazos de suspensión es necesario que haya acreditado la deshabitación o la continuidad del tratamiento. Si se estima que es necesaria la continuación se establece una prórroga no superior a dos años.

- En los demás supuestos, se revocará el auto de remisión de la pena cuando el penado haya sido condenado después de finalizada la suspensión por hechos acaecidos durante la pendencia, si bien siempre con el cumplimiento de dos plazos: a) dentro de un año desde la finalización del plazo de suspensión y b) dentro de los seis meses desde la firmeza de la sentencia.

Al establecer estos dos plazos, el legislador está queriendo salvaguardar situaciones intolerables en las que después de transcurrido el periodo de suspensión y dictado el auto de remisión aparece una sentencia condenatoria una vez transcurrido mucho tiempo desde la finalización del periodo de suspensión¹⁰ o bien el dictado del auto de revocación se dilataba en el tiempo (tres años o incluso en cuatro años) dando lugar a soluciones distintas por la Jurisprudencia menor, pues en algunos casos vienen entendiendo que el auto debe revocarse independientemente del tiempo en que tarde en dictarse¹¹, en otros casos entienden que no debe ser revocado aplicando dilaciones indebidas en beneficio del penado¹². Con el establecimiento de los plazos trata de evitar que la tardanza en concluir las ejecutorias devenga en perjuicio del reo.

* * * * *

¹⁰ Vid. Auto núm. 1030/2009 de 5 octubre JUR 2010\21297 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª). “...aunque se delinquiró dentro del periodo de suspensión, no se obtuvo sentencia condenatoria hasta pasados los tres años de la suspensión, debiendo acordarse la remisión de la pena”.

¹¹ Vid. Auto núm. 249/2009 de 23 junio JUR 2009\309070, de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección tercera) Señala el recurrente que ha transcurrido un excesivo tiempo entre los hechos por los que resultó condenado (febrero 2006), la sentencia dictada (marzo 2006) y el dictado del auto revocatorio de la suspensión (diciembre 2008). Ciertamente resulta un plazo difícilmente admisible de haber existido una efectiva coordinación y actuación diligente por parte del Juzgado que dictó la segunda condena (que pudo y debió comunicar en el año 2006 la sentencia condenatoria al Juzgado de lo Penal Nº 2 de Murcia), pero ese extremo no es razón de legalidad ni de justicia para incumplir una norma legal, como es la aplicada por el Juzgado de lo Penal Nº 2 de Murcia. En todo caso, dicho Juzgado de lo Penal Nº 2 de Murcia controló su ejecutoria a la finalización del plazo concedido de dos años (noviembre de 2007), y también es cierto que pese a que el informe del Ministerio Fiscal lo es de fecha diciembre de 2007, no es hasta un año después que se dicta el auto de revocación. La totalidad del plazo temporal reseñado podría motivar otro tipo de medidas de justicia o de equidad, previstas en el ordenamiento jurídico penal, y que habrían de ser interesadas ante el Juzgado ejecutor, pero en modo alguno justifica se deje sin efecto con ocasión del recurso de apelación la resolución recurrida.

¹² Este es el caso del Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba Auto de 18 octubre 1999 ARP 1999\3059, en que se establece que aún cuando formalmente concurrían los motivos recogidos en el art. 84-1 CP para acordar la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena, por cuanto otorgada aquella remisión el día 15-7-93 y por un plazo de 2 años, el penado fue condenado el día 26-4-96, pero por unos hechos acaecidos el 21-3-95, es decir dentro del período de la suspensión, pero entiende que acordar esta revocación el día octubre 1999 (cuatro años después) supondría infracción del principio del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Operación Atalanta. Problemas derivados de la instrucción y enjuiciamiento del delito de piratería

~Sra. Dña. Joana Ruiz Sierra~

Juez sustituta adscrita a la Fiscalía provincial de Valencia. Socia de la FICP

I. INTRODUCCIÓN

El delito de piratería pese a parecer una figura del pasado, romántica e incluso simpática (por mor del fenómeno cinematográfico de *Los Piratas del Caribe*), ha evolucionado presentándose como un suceso altamente peligroso, vinculado con una criminalidad organizada, con importantes beneficios económicos, que pone en peligro la seguridad marítima donde se atacan sin distinción, buques con ayuda humanitaria, buques mercantes, barcos pesqueros y yates privados.

Centrándonos en las aguas adyacentes a Somalia donde la piratería se ha consolidado como un modo de vida, favorecido por la ausencia de un Estado como se conoce en Occidente. La Comunidad Internacional ha tratado de dar respuesta, primero tratando de proteger la zona, reinstaurando la seguridad marítima mediante operaciones militares, y segundo tratando de poner fin a dicho modo de vida, disuadiendo y castigando a los piratas.

El marco jurídico de estas operaciones militares en la zona se presenta en tres ámbitos distintos¹ el internacional universal o general, el internacional regional y finalmente el Derecho Interno. Este marco jurídico ha conseguido dar cobertura legal a las operaciones aeronavales pero está resultando muy problemático en el enjuiciamiento de los piratas.

II. OPERACIÓN ATALANTA: ENJUICIAMIENTO DE LOS PIRATAS SOMALÍES

La Operación Atalanta es una operación militar, impulsada por la Unión Europea, en apoyo de las Resoluciones dictadas por las Naciones Unidas y regulada en la Acción Común 2008/851/PESC de 10 de noviembre de 2008². Su misión es, art. 1:

¹ Ver artículo de Fernando Marín Castán: “Marco jurídico de la seguridad marítima”, en la obra Impacto de los riesgos emergentes en la seguridad marítima, IEEEE, Ministerio de Defensa, 2008, efectúa un análisis general de la cuestión de los tres planos normativos en los que se desenvuelven la seguridad marítima.

² Ha sido modificada por la Decisión 2009/907/PESC del Consejo, de 8.12.09, que extendió el mandato a la protección de las embarcaciones pesqueras. Decisión 2010/437/PESC del Consejo, de 30.07.10, que

a) contribuir a la protección de los buques del Programa Mundial de Alimentos (PMA) que suministran ayuda alimentaria a las poblaciones desplazadas de Somalia; b) protección de buques vulnerables que naveguen frente a las costas de Somalia; c) a la disuasión, la prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia.

Desde el inicio se puso en evidencia que una de las dificultades radicaba en la entrega de los piratas detenidos para su posterior enjuiciamiento, esto es, determinar qué Estado tiene jurisdicción. A ello se unía qué tratamiento debía darse a los detenidos y cómo debían recogerse las pruebas para el futuro juicio.

El art. 12 de la citada Acción regula la *Entrega de las personas capturadas y retenidas para el ejercicio de las competencias jurisdiccionales*, y a la vista de mismo resulta que³:

- Somalia cede el ejercicio de su jurisdicción, entre otras razones por carecer de un sistema judicial;
- la jurisdicción corresponde al Estado pabellón del buque de guerra que hace el apresamiento de los piratas, sea un estado miembro de la UE o un tercer Estado que previo acuerdo con la Unión Europea participe en la operación militar⁴ (art.12.1 primer apartado);
- subsidiariamente, si éste no puede o no quiere, sean entregados a otro Estado miembro de la UE o a un tercer Estado que desee ejercer dicha jurisdicción (art.12.1 segundo apartado);
- podrán ser entregados a las autoridades competentes del Estado en cuestión (víctima), o, con el consentimiento de dicho Estado, a las autoridades competentes de otro (art.12.2);
- en todo caso, se requiere tanto para el art. 12.1 como 12.2, que se haya pactado con dicho Estado las condiciones de entrega, conforme al Derecho Internacional, y que dicho Estado respete los derechos humanos y no contemple la pena de muerte, la tortura u otra pena cruel, inhumana o degradante (art. 12.3).

Este artículo se ha traducido en acuerdos de la UE con Kenia, Mauricio y la

suprimió el límite espacial de las 500 millas. Decisión 2010/766/PESC del Consejo, de 7.12.10 que permitió perseguir los actos preparatorios y formas imperfectas de ejecución, que introdujo nuevas técnicas de identificación de los presuntos piratas y la colaboración con Interpol. Decisión 2012/174/PESC del Consejo, de 23 de marzo de 2012 que luego trataremos.

³ Redacción dada por la Decisión 2012/174/PESC del Consejo, de 23 de marzo de 2012

⁴ Coincide este punto de conexión jurisdiccional con el art. 105 de la Convención sobre el Derecho del Mar de las Naciones Unidas.

República de Seychelles. El incremento de las detenciones y juicios, con la carga que ello conlleva, ha generado problemas sobre garantías procesales y penitenciarias. El Canje de Notas entre la Unión Europea y el Gobierno de Kenia preveía que este país aceptase para su enjuiciamiento la entrega de las personas detenidas en relación con los actos de piratería, haciéndose hincapié en el respeto de los derechos y obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Desde marzo del 2009 hasta finales de dicho año estuvo vigente el mencionado Canje de Notas, pero Kenia dejó de aceptar la entrega de detenidos y denunció su acuerdo de cooperación. Asimismo, su Tribunal Supremo ha rechazado la jurisdicción fuera de sus aguas territoriales, por lo que al igual que Seychelles y Mauricio sólo enjuiciará los actos de piratería en sus aguas o que afecten a buques bajo su bandera.

La determinación de la jurisdicción para el enjuiciamiento de los sospechosos detenidos, presenta muchas variables que se contraponen con la necesaria rapidez que exige esta materia. Debe consultarse con las autoridades, bien sea las del Estado que ha efectuado el apresamiento (punto de conexión internacional propio del Derecho del Mar), o bien las del buque asaltado (principio de territorialidad), o bien las de la nacionalidad de las víctimas e intereses atacados (principio de personalidad). En el caso de que ninguno de los países anteriores deseara o pudiera ejercer su jurisdicción, se podrá transferir a otro Estado miembro de la UE o a un tercero que quisiera hacerse cargo de los detenidos (principio de universalidad) con la única condición de que se cumplan con los requisitos de Derecho Internacional sobre derechos humanos.

La experiencia muestra que ningún Estado quiere convertirse en el país que juzga y encarcela a los piratas, ya que ello supone un importante coste político, social y económico. Los mismos Estados europeos dispuestos a luchar contra los actos de piratería manifestaron ya en la propia regulación de la Operación Atalanta que, o bien no quieren o bien no disponen en su derecho interno de mecanismo para enjuiciar a los piratas, sobre todo ante la ausencia de intereses nacionales cuando el buque asaltado, su armador, sus tripulantes o su carga no son del mismo pabellón que el buque de guerra que interviene. La existencia de una variedad de propietarios, armadores, navieros, tripulaciones, países que abanderan (alguno con bandera de conveniencia) que complican la toma de decisiones en esta materia.

Otro importante escollo íntimamente relacionado con lo anterior, es la legalización de la situación personal del presunto pirata. Desde que éste es detenido

hasta que es entregado a un órgano judicial puede transcurrir un largo periodo de tiempo. La mencionada regulación nada determina expresamente, pero, por tratarse de una norma europea, implícitamente queda entendido que se deberían respetar sus derechos fundamentales y se le debería tratar como a un detenido en Europa, realizando las diligencias de identificación, reseña y toma de declaración a los detenidos contando con la presencia de un abogado y la asistencia de un intérprete, poniendo el hecho de su detención en conocimiento de un familiar o de la Oficina Consular. Todo ello resulta de difícil cumplimiento, no sólo por la lejanía, sino por el aislamiento y situación política de la mayoría de los estados ribereños. En España, siguiendo la opinión del entonces Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional Ilmo. D. Javier Gómez Bermúdez, cuando un buque español de la operación Atalanta detiene sospechosos de piratería, debe ponerlo cuanto antes a disposición del Juez Central de Instrucción, quien posteriormente decidirá si mantiene o no la competencia para la instrucción del correspondiente procedimiento penal.⁵

Asimismo, fuentes militares han destacados lo complicado que resulta la recogida de pruebas para el futuro proceso: la identificación y declaraciones de los marineros, la propia identificación de los perjudicados, los daños, las huellas dactilares, las armas incautadas, la cadena de custodia. Ello tiene su importancia por cuanto está condicionando la recepción de los detenidos, cuando el Estado (con jurisdicción y competencia) examina *a priori* si hay base para continuar su enjuiciamiento o no.

Conclusión, según el informe S/2010/394 de 26.07.10 por el Secretario General de las Naciones Unidas, son pocos (10 países) los Estados que, estando legitimados para el enjuiciamiento, se han querido hacer cargo de los presuntos piratas detenidos. La negativa al ejercicio de la jurisdicción está provocando la impunidad de estos hechos delictivos (en el primer semestre de 2010 se tuvieron que liberar 700 detenidos y de los retenidos sólo se juzgaron a una tercera parte)⁶ El citado informe de Naciones Unidas ofrece siete opciones para lograr el objetivo de enjuiciar y encarcelar a las personas responsables de actos de piratería: potenciar los acuerdos y relaciones con los Estados de la región; crear un Tribunal somalí con sede en un tercer Estado de la región, con o sin participación de las Naciones Unidas; establecer una Sala especial en la jurisdicción nacional de un Estado o varios Estados de la región, con o sin participación de las

⁵ Opinión manifestada en la Jornada “Desafíos de la Seguridad Marítima hoy. Nuevos Instrumentos legales contra los delitos en la mar” celebrada 19.10.10 en el Estado Mayor de la Armada.

⁶ Según Instituto Real Elcano, ARI 52/2011 de 14.03.11 de D. Felix Arteaga.

NN.UU; establecer un Tribunal regional mediante un acuerdo multilateral entre Estados de la región, con o sin participación de las Naciones Unidas; y, por último, un Tribunal internacional sobre la base de un acuerdo entre un Estado de la región y las Naciones Unidas, en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

En el ámbito europeo el Secretario General del Consejo de la Unión Europea ha elaborado un documento estructurado en dos partes relativas al enjuiciamiento y al cumplimiento de las penas de los piratas somalíes semejante al citado de las Naciones Unidas.

III. SENTENCIA CASO ALAKRANA Y OTROS

La Sentencia de la Audiencia Nacional Sala de lo Penal, sección 4ª de 3 de mayo 2011, fue la primera dictada en el marco de la conocida Operación Atalanta en España, donde se condenó a los dos piratas somalíes por delito de asociación ilícita, por detención ilegal, por robo con violencia y por delitos contra la integridad moral. Interpuesto en su contra recurso de casación ante el Tribunal Supremo Sala 2ª, éste resolvió el 12 diciembre 2011 absolviendo a los piratas somalíes por los delitos contra la integridad moral y se mantuvo la condena por el resto de delitos.

Puntos a analizar son el delito de piratería, la jurisdicción y la competencia.

La primera cuestión que llama la atención es que no se condenó a los acusados, ni siquiera se les pudo acusar ni imputar por un delito de piratería. La respuesta es muy sencilla aunque paradójica. En nuestro Código Penal del 95, en el momento de los hechos, no estaba tipificado el delito de piratería, ello a pesar de los textos internacionales en que España era (y es) parte, donde sí se recogía. Además, la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuía en su artículo 23.4 a la jurisdicción española el conocimiento del delito de Piratería, por considerar al mismo de persecución universal. Posteriormente, la LO 5/2010, de 22 de junio modifica el Código Penal y reintroduce en un nuevo Capítulo V *Delito de Piratería* en el Título XXIV *Delitos contra la Comunidad Internacional*, son los art. 616 ter (delito de piratería) y 616 quáter (delito desobediencia en el mentado delito). Las defensas de los acusados cuando interpusieron el recurso de casación contra la Sentencia de la AN solicitaron la aplicación del art. 616 ter amparándose en la retroactividad penal cuando resulta más favorable. El Tribunal Supremo, al resolver dicho motivo de impugnación, indica que “...de aplicar a los acusados el nuevo precepto serían castigados, además de por los delitos por los que ya

lo han sido en la sentencia recurrida, por un delito a mayores de piratería que conlleva una pena de 10 a 15 años de prisión, pena que habría de sumarse (...) toda vez que el delito de piratería entraría en concurso real con los restantes delitos contra bienes individuales de las víctimas, tal como se refleja en el segundo párrafo del nuevo precepto, cuando advierte que "la pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos".

Como segunda cuestión aparece la jurisdicción. La Audiencia Nacional primero y el Tribunal Supremo después afirmaron la jurisdicción española en los hechos que nos ocupan, basándose en el párrafo 1º del art. 23 de la LOPJ, que atribuye “a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos (...) a bordo de buques españoles (...), dejando a salvo lo que dispongan los tratados internacionales de los que España sea parte”. En los hechos probados de la Sentencia vemos que el 2.10.09 el buque Atunero Alakrana con base en Bermeo, que navegaba bajo pabellón español, con tripulación en parte española, mientras faenaba en zona definida en el área de operaciones de la Unión Europea para la Operación ATALANTA, fue abordado por unas 12 personas con armas de fuego. La noche del 3.10.09, dos piratas abandonan el buque español y fueron detenidos por la tripulación de la fragata española participante en la Operación militar. Los hechos delictivos fueron cometidos a bordo de un buque español, lo que invoca el principio de territorialidad del art. 23.1 LOPJ. Es cierto, que también se nombran por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo los textos internacionales, tanto la Convención de las NN.UU. Derecho del Mar de 1982 como el SUA de 1988⁷, pero no es menos cierto que en ellos se parte como premisa del delito de piratería, delito que como ha quedado dicho no existía en nuestra legislación en el año 2009.

Correlativamente, fijada la jurisdicción, cabe estudiar la competencia. Ésta corresponde a la Sala de lo Penal Audiencia Nacional, según el art. 65 epígrafe e) de la LOPJ, que le atribuye los delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los Tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles. No obstante, conviene mencionar los problemas de competencia que surgieron a raíz de la dudosa edad de uno de los acusados que aconteció en la instrucción, pero que igualmente se planteó como artículo de previo pronunciamiento.

La sucesión de acontecimientos fue la siguiente: el 3.10.09 la Abogacía del Estado

⁷ Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima.

presentó denuncia por estos hechos (abordaje del atunero y detención de dos de los piratas) ante la Audiencia Nacional incoándose por el Juzgado Central de Instrucción nº 1 Diligencias Previas. El 5.10.09 se dictó Auto de prisión y traslado al territorio español. El 13 de octubre llegaron a España los detenidos, y durante el examen por el Médico Forense de uno de ellos, éste manifestó tener 16 años. Se realizaron pruebas médicas tendentes a averiguar su edad, que concluyeron que el sujeto tenía una edad mínima de 17 años, el Juzgado emitió Auto de libertad e inhabilitación. Posteriormente, el Juzgado Central de Menores incoó el correspondiente expediente solicitando nuevo informe médico que concluyó una edad mínima de 18 años. Finalmente se planteó una cuestión de competencia negativa ante la Sala de lo Penal de la AN que resolvió por Auto de 2 de noviembre de 2009, la competencia del Juzgado Central de Instrucción tras la evaluación de cuatro técnicas de análisis médicos que determinaron la mayoría de edad del imputado.

Algunos autores⁸ entendieron que en el caso del “*Alakrana*” la menor edad de uno de los piratas detenidos, hubiera supuesto la imposibilidad de enjuiciarlo en España por esos hechos y la obligación de ponerlo en libertad y/o repatriarlo o acogerlo en un centro de protección de menores. Ello por la ausencia de normas que atribuyan competencia a algún Juzgado de Menores para conocer de los delitos cometidos fuera de nuestras fronteras. Las competencias del Juzgado Central de Menores se limitan a los delitos de terrorismo, no alcanzando a los delitos cometidos en el extranjero.

El Juez Central de Instrucción nº 1 consideró, en su auto de inhabilitación, que la “protección de sus derechos y de su integridad” correspondía a la Fiscalía de la Audiencia. Ésta, a través de su Fiscal Jefe Ilmo. D. Javier Zaragoza, se dirigió al fiscal coordinador de menores de la Audiencia para iniciar una instrucción que la Ley del Menor encomienda a los fiscales, por entender que la AN debía hacerse cargo del presunto pirata asumiendo su competencia, y que todos los delitos “*legalmente atribuidos a la jurisdicción de la Audiencia Nacional*” son de su competencia, también en el caso de menores, ya que su jurisdicción responde a “*criterios de extraterritorialidad*”. Según su criterio, la competencia del Juzgado Central de Menores y de la Fiscalía (órganos adscritos a la AN) “*se extiende no sólo a los menores acusados de delitos de terrorismo*”, a pesar de que éste sea el único que se cite “*expresamente*” en

⁸ Tomás Montero, licenciado en derecho. Revista 10.05.11 Criminología y Justicia <http://www.cj-worldnews.com/spain/index.php/es/blogs/fumus-boni-iuris/itemlist/user/65-tom%C3%A1smontero>.

la ley, estimando que le corresponden también el resto de delitos atribuidos a la Audiencia Nacional *"que no han sido expresamente excluidos por la legislación penal del menor"* y *"particularmente cuando han sido cometidos en el extranjero"*. Finalmente, la competencia volvió al Juzgado Central de Instrucción como ya ha quedado dicho.⁹

Por último cabe citar otros casos relacionados con detenciones efectuadas por la Armada española en el marco de la operación Atalanta¹⁰:

El NEPHELI, mercante de pabellón panameño, fue asaltado por piratas somalíes el 6 de mayo de 2009, interviniendo un buque de la Armada española que detuvo a los 7 asaltantes. Al día siguiente le ocurrió lo mismo al mercante ANNY PETRAKIS, de bandera de Malta. En ambos casos, los detenidos fueron puestos a disposición del Juzgado Central de Instrucción de guardia de la Audiencia Nacional núm. 4, si bien finalmente se entregaron a la autoridades de Kenia (por el Canje de Notas entre la UE y el Gobierno de Kenia entonces en vigor) que los juzgó y condenó. En este caso, se aplicó el art. 12 de la Acción, por el que se determinan los acuerdos de la UE con terceros Estados.

En septiembre de 2011 un yate fue asaltado por piratas somalíes. El Juzgado Central de Instrucción núm. 6 en funciones de guardia recibió notificación del Ministerio de Defensa dando cuenta que el 10.09.11 un Buque Español participante en la operación ATALANTA, detuvo a 7 personas de nacionalidad somalí, como presuntas autoras de un delito de piratería contra dos ciudadanos franceses. Se adjuntaba una petición de las autoridades francesas para que estos hechos fueran investigados y enjuiciados por la Justicia Francesa. El citado Juzgado procedió al sobreseimiento y archivo considerando que los Tribunales Franceses ostentan jurisdicción preferente, y no concurrir como exige el art. 23.4 de la LOPJ ninguno de los tres puntos de conexión para el ejercicio de la jurisdicción universal (tras la reforma de LO 1/2009, de 3 de noviembre). Éste es un ejemplo de atribución de la jurisdicción por el criterio de personalidad de las víctimas.

Por último cabe mencionar el frustrado intento de asalto al buque de aprovisionamiento español Patiño el 12.01.12. Los piratas fueron detenidos por el

9 El País el 22.10.09 y www.rtve.es › Noticias › España de 21/10/2009: <http://www.rtve.es/noticias/espana/>

10 Memoria de la Fiscalía de la Audiencia Nacional de 2012.

propio buque español, fijándose la jurisdicción y competencia de los Tribunales Españoles de acuerdo con el art. 65.1 e) y 23.4c), siendo acusados por un delito de piratería en grado de tentativa y desobediencia a buque de guerra para prevenir la piratería, entre otros. En este ejemplo concurren el criterio del pabellón del buque que apresa, el criterio de territorialidad y el criterio de personalidad.

IV. JUICIO CRÍTICO

Qué ha supuesto la Operación Atalanta en nuestro Ordenamiento Jurídico:

- La reintroducción del delito de piratería. Resulta harto contradictorio que nuestra LOPJ reconociera la jurisdicción universal en este delito, que España como miembro de la Unión Europea formara parte de la Operación Atalanta cuya misión es la lucha contra este delito, pero que no pudieran nuestros Tribunales castigar por ello.
- El nuevo delito de piratería del Código Penal es más amplio que la definición contenida en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar art. 101. Permite castigar la acción ejecutada en Alta Mar y otros espacios no sujetos a la jurisdicción de otro Estado, pero también en nuestro mar territorial y aguas interiores. Asimismo, se ha prescindido del elemento subjetivo del tipo o de otro propósito personal.
- La modificación de la jurisdicción universal del art. 23.4 LOPJ¹¹. Su aplicación requiere que se acrediten puntos de conexión (que las víctimas sean españolas, que los responsables se encuentren en España o que se constate algún otro vínculo de conexión relevante con España). Se acoge, además el principio de subsidiariedad (que no se haya iniciado procedimiento por otro Tribunal). Sin embargo, la redacción del precepto incluye la expresión “Sin perjuicio de lo que puedan disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España (...)”. Por ello, parte de la doctrina entiende que en el caso del delito de piratería no ha variado el alcance de la jurisdicción universal.

Qué ha quedado sin resolver:

- Prevención de la piratería. Las nuevas Decisiones europeas han modificado la Acción, norma legitimadora de la Operación Atalanta, para dar cumplimiento a

11 LO 1/2009, de 3 de noviembre.

esa labor de prevención y disuasión. ¿Qué imputación penal debe darse a los sospechosos que son detenidos sin haber realizado una acción de piratería? En nuestro Código Penal no cabe castigar dichas acciones como delitos autónomos, ni como conspiración o proposición (art. 17 CP), sólo cabría considerarlos como tentativa del delito de piratería.

- La jurisdicción y competencia de menores en materia internacional no ha sido modificada, para dar respuesta a nuevos tipos distintos del terrorismo.

Es evidente la urgente y necesaria solución en la lucha contra la impunidad de los piratas en Somalia. En mi opinión, deben alcanzarse tres objetivos, uno, la armonización de las legislaciones internacionales y nacionales en la definición del delito de piratería, dos, favorecer la jurisdicción universal o, en su caso, establecer una prelación en la concurrencia de criterios jurisdiccionales, y finalmente fijar un órgano judicial respaldado por la Comunidad Internacional encargado de juzgar estos delitos, y establecer las condiciones y el lugar de cumplimiento de las penas.

* * * * *

II. NOTICIAS DE LA FICP

1. Seminarios

En los últimos meses, la FICP ha (co)organizado los siguientes seminarios:

- * **XVI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal**, sobre *“Derecho penal general y de empresa”*. 6-7 de junio de 2013. Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá. Director: Prof. Dr. Dr. h. c. Diego-M. Luzón Peña, Presidente de honor de FICP y Catedrático de D. Penal. Coorganizado por el Área de Derecho Penal, Univ. de Alcalá y la FICP. Coordinadores: Prof. Dra. Raquel Roso, Prof. Dr. J. Zamy Vega Gutiérrez y Prof. E. Luzón Campos.

Acceso restringido: a la escuela científica del Prof. Luzón, el patronato de la FICP e invitados; este año han sido ponentes invitados especiales los Profs. Dres. F. Muñoz Conde, I. Berdugo y E. Demetrio Crespo, también socios de la FICP. El programa y las actas del Seminario se publican en nuestra web www.ficp.es en las secciones de *Publicaciones y Noticias y Cursos*.



Uno de los momentos del XVI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal. De izquierda a derecha, los Profs. Dres. Sanz Morán, Berdugo Gómez de la Torre, Luzón Peña, de Vicente Remesal, Díaz y García Conlledo, Corcoy Bidasolo, García Amado, Trapero Barreales, D.^a Susana Escobar Vélez y el Prof. Dr. Rodríguez Vázquez.



De izquierda a derecha, los Profs. Dres. García Amado, Demetrio Crespo, Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal.

- * **XIV Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal**, sobre “Presunción de inocencia: problemas y límites”. 12 y 13 de septiembre de 2013. Facultad de Derecho, Universidad de León (España). Directores: Profs. Dres. Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado, Catedráticos, respectivamente, de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Coorganizado por las Áreas de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho de la Univ. de León y la FICP.

Acceso abierto. Este año han sido ponentes los Profs. Dres. Daniel González Lagier, Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Emilio Cortés Bechiarelli y Juan Igartua Salavarría. El programa y cartel se encuentra publicado en nuestra web www.ficp.es en la sección de *Noticias* y *Cursos*.



El Prof. Dr. González Lagier durante su ponencia.

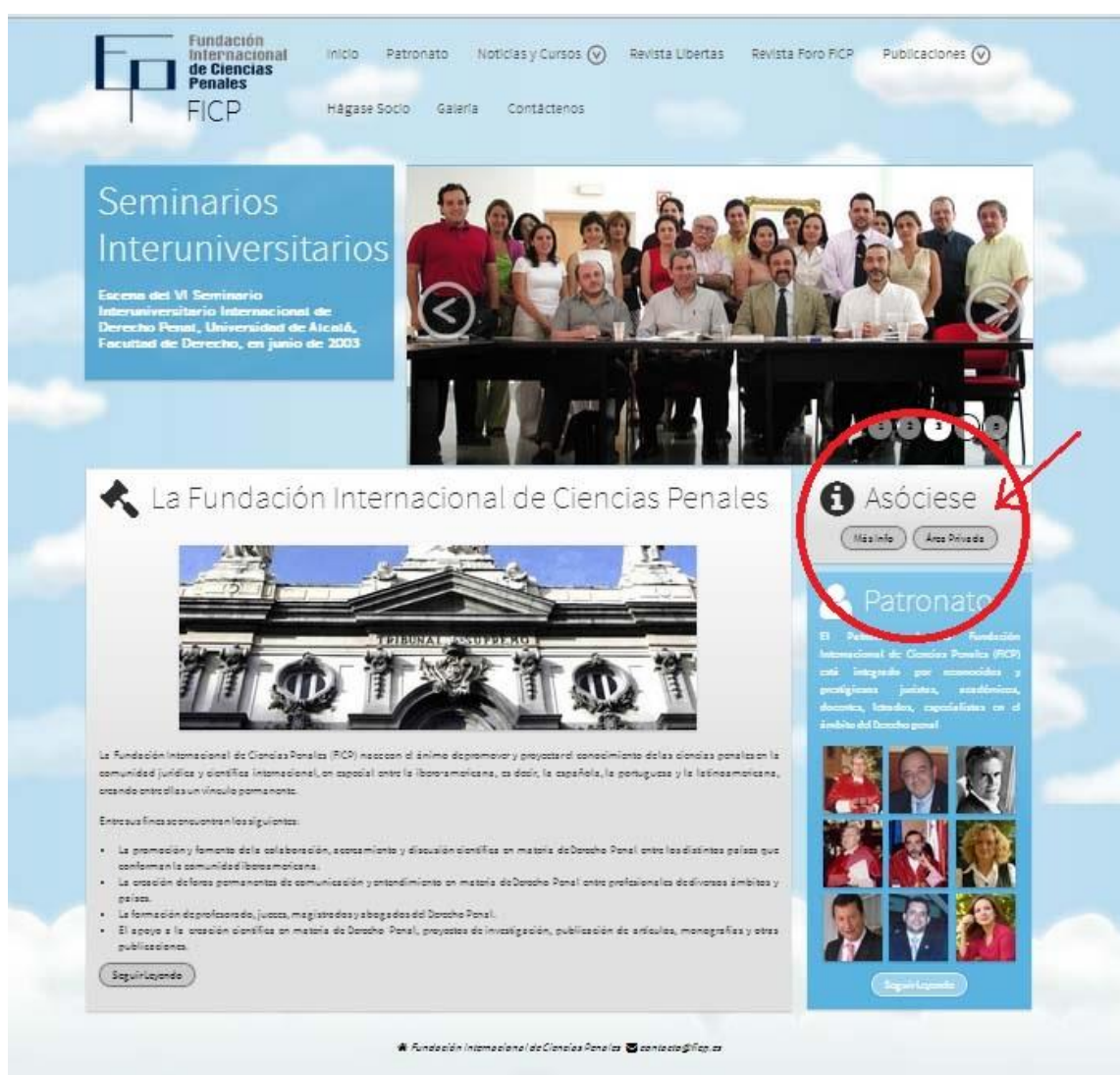


Imagen del público asistente al XIV Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal.

2. Nueva página web

La página web de la FICP www.ficp.es estrenó nuevo diseño el pasado mes de septiembre. Entre las novedades se incluye la creación de un área privada limitada a los patronos, socios y otros miembros autorizados y que permite el acceso a los sucesivos números de la Revista Libertas (con la excepción del nº 0, 2012, cuyo contenido seguirá disponible en abierto).

Para acceder a la referida área, basta con introducir el nombre de usuario y contraseña que se ha facilitado a cada uno de los patronos, socios y miembros autorizados de la FICP en la siguiente dirección: <http://www.ficp.es/wp-login.php> o en la pestaña que en diferentes secciones de la página web indica *Área privada*.



Nuevo diseño de la página web y área privada

3. Cambio de cuenta bancaria

La FICP ha decidido alojar su cuenta corriente en una nueva entidad bancaria donde se permita el pago de las cuotas de asociación mediante tarjeta de crédito (y no sólo mediante domiciliación bancaria o transferencia). Con ello la FICP trata de poner fin a las dificultades en el pago experimentadas por los socios procedentes de países latinoamericanos y de las que se ha hecho eco en los últimos meses.

Los socios interesados en pagar su cuota anual mediante tarjeta de crédito o transferencia bancaria pueden obtener más datos sobre la nueva cuenta bancaria poniéndose en contacto con la FICP en su dirección de correo electrónico contacto@fcp.es.

III. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

1. Distinciones, galardones; grados académicos (doctorados, maestrías o masters, etc.)

- 21 de marzo de 2013: Universidad de Almería, España. Acto de solemne investidura del **Doctorado *honoris causa* por la Universidad de Almería** otorgado al Excmo. Sr. Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Don Lorenzo Morillas Cueva, catedrático de Derecho Penal, ex Rector de la Univ. de Granada, y socio de la FICP.



Imágenes del Prof. Dr. Dr. h. c. Morillas Cueva durante el acto de investidura



Público asistente al acto de investidura; en el mismo, el Prof. Dr. Dr. h. c. Luzón Peña

- 5 y 6 de junio de 2013: solemne ceremonia de incorporación como **miembros de honor del Colegio de Abogados de Lima**, y posterior acto de solemne investidura del **Doctorado *honoris causa* por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco** (Perú), otorgados a los Profs. Dres. Dres. h. c. mult. Bernd Schünemann y Luis Gracia Martín, Catedráticos de Derecho Penal de la Universidad de Múnich y de la Universidad de Zaragoza respectivamente, y socios ambos de la FICP.



Imágenes de los Profs. Dres. Dres. h. c. mult. Schünemann y Gracia Martín durante ambos actos

- 17 de julio de 2013: otorgamiento del **premio “Calidad de la Justicia 2013”** en la modalidad de una “Justicia más accesible” al Juzgado de lo Penal núm. 3 de Cartagena, del que es titular el Prof. Dr. Fernando de la Fuente Honrubia, socio de la FICP, conjuntamente con el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Cartagena.



El Prof. Dr. de la Fuente Honrubia (segundo a la dcha.) junto al resto de premiados y con el Presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo, el Excmo. Sr. Moliner, y el Fiscal General del Estado, el Excmo. Sr. Torres Dulce.



El Prof. Dr. de la Fuente en el momento de la entrega de su premio por la Secretaria General del Consejo General de la Abogacía Española, D.^a Victoria Ortega Benito, y el Presidente del Consejo General de Procuradores, D. Juan Carlos Estévez.

- Próxima lectura y defensa de la **tesis doctoral del Prof. Jaime Lombana Villalba**, patrono de la FICP y catedrático de la Univ. del Rosario, Bogotá, Colombia, titulada “La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la corrupción pública”, dirigida por los Profs. Dres. D. Diego-Manuel Luzón Peña y D. Miguel Díaz y García Conlledo, que tendrá lugar el día 8 de noviembre 2013 en el salón de grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de León (España)
- Julio y septiembre de 2013: *Trabajos de Fin de Grado de Derecho (tesinas)*, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, dirigidos por los Profs. Dres. D.^a Raquel Roso Cañadillas, D. José Zamyra Vega Gutiérrez y la Prof. D.^a Marta de Vicente Gregorio:
 - *Prof. Dra. D.^a Raquel Roso Cañadillas:*
 - 1) D. Gonzalo BELLO GONZÁLEZ, "La nueva era de los delitos. Cibercrimes y ciberterrorismo" (leída el 1 de julio de 2013).
 - 2) D.^a Raquel VILLALBA DE LA FUENTE, "Teoría de la pena" (leída el 25 de septiembre de 2013).
 - *Prof. Dr. D. José Zamyra Vega Gutiérrez:*
 - 1) D. Mario BONACHO CABALLERO, "El delito de conducción bajo los efectos de drogas y alcohol: valoración dogmática y político-criminal". (leída el 1 de julio de 2013).

- 2) D.^a Ana Vanesa PALACIOS HUERTAS, "Estudio sistemático de la estafa y problemas concursales con otras figuras afines" (leída el 25 de septiembre).
- *Prof. D.^a Marta Vicente de Gregorio:*
 - 1) D.^a Alicia FERNÁNDEZ HUERTA, "El sistema español de libertad condicional. Visión general y específica", (leída el 1 de julio de 2013).
 - 2) D. Pablo JODRA GARCÍA, "La evolución de la pena de prisión española desde principios del siglo XX hasta la futura prisión permanente revisable" (leída el 1 de julio de 2013).
 - 3) D.^a Patricia FELICIANO RICO, "La circunstancia mixta de parentesco" (leída el 25 de septiembre de 2013).

2. Libros y artículos recientes de miembros de la FICP

– *Patronos* (con asterisco los patronos):

- Cancio Meliá, Manuel*, Delitos de terrorismo (arts. 571, 572, 574, 576, 576 bis y 579), en: Álvarez García, Francisco Javier/González Cussac, José Luis (dirs.), Comentarios a la reforma penal de 2010, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 521-532.
- Cancio Meliá, Manuel*, Caso Contergan, en: Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo (coord.), Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal, Madrid, La Ley, 2011, pp. 207-222. También en Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 0, 2012, pp. 472-484.
- Cancio Meliá, Manuel*, Militancia política, datos reservados y delito contra la intimidad: Comentario a las SJP Madrid 16531/2009 y SAP Madrid (secc. 6^a) 281/2010 (caso SER), en: Mir Puig, Santiago*/Corcoy Bidasolo, Mirentxu* (dirs.), Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 299-343.
- Cancio Meliá, Manuel*, Psicopatía y Derecho Penal: algunas consideraciones introductorias, en: Fernández Teruelo (dir.), Estudios Penales en Homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, Oviedo, Constitutio Criminales Carolina, 2013, pp. 111-126.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu* (coord.), Consentimiento por representación, Barcelona, Fundació Víctor Grifols i Lucas, 2010.

- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, La regulación penal de la eutanasia en el Código Penal español. Propuestas de reformas legislativas, en: Mendoza Buergo, Blanco (ed.), Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas, Navarra, Thomson Reuters, 2010, pp. 299-322.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, Principio de precaución y gestión del riesgo en el contexto de la nanotecnología, en: Casado, María (coord.), Bioética y Nanotecnología, Navarra, Thomson Reuters, 2010, pp. 127-148.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, Lex artis, en: Romeo Casabona, Carlos María (dir.), Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, Tomo II i-z, Granada, Comares, 2011, pp. 1040-1046.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, Imputación subjetiva. Peculiaridades de la imprudencia en la delincuencia de empresa. Previsión expresa de la comisión imprudente. Responsabilidad subjetiva de la persona jurídica, en: Ortiz de Urbina, Íñigo (dir.), Penal Económico y de la Empresa. Memento Práctico Francis Lefebvre, Madrid, Francis Lefebvre, 2011, pp. 74-87.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, Delitos contra los derechos de los trabajadores. Homicidio y lesiones por imprudencia en el ámbito del trabajo. en: Ortiz de Urbina, Íñigo (dir.), Penal Económico y de la Empresa. Memento Práctico Francis Lefebvre, Madrid, Francis Lefebvre, 2011, pp. 774-781.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu* (dir.), Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, Concepto dogmático y procesal de dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio, Imprudencia Penal. Cuestiones Generales. Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año 2, 4, 2011, pp. 3-30.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, Concepto dogmático y procesal de dolo. ¿Puede probarse la existencia de dolo en el tráfico viario?, Jurisprudencia de Casación Penal, 3, 2011, pp. 173-254.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, La legitimidad de la protección de bienes jurídicos supraindividuales, Revista CENIPEC, 030, Enero-Diciembre 2011.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, Principio de precaución y gestión del riesgo en el contexto de la nanotecnología, en: Vázquez, Rodolfo (comp.), Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas actuales, México D.F., Fontamara, 2012.

- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, Problemática bioética y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica, en: Casado, María/Royes, Albert (coords.), Sobre Bioética y género, Madrid, Civitas, 2012.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, La interpretación en Derecho penal. *Favor libertatis vs. Favor securitatis. In dubio pro reo vs. In dubio contra reo*, en: Pastor, Daniel R./Guzmán, Nicolás (coords.), Problemas actuales del Derecho procesal penal, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012, pp. 43-74.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, Concepto dogmático y jurisprudencial de dolo. Su creciente aproximación a la imprudencia en nuestra jurisprudencia, *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 0, 2012, pp. 98-125.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, Protección penal de los derechos de los trabajadores, en: Heydegger, Francisco R./Jhuliana, Atahumán P. (coords.), Derecho penal económico y de la empresa, Lima, Idemsa & Centro de Estudios Penales, 2013, pp. 237-286.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*/Demetrio Crespo, Eduardo/ /Feijoo Sánchez, Bernardo/Gracia Martín, Luis/Terradillos Basoco, Juan M^a/Abanto Vásquel, Manuel A./Corcoy Bidasolo, Mirentxu*/de la Mata Barranco, Norberto J./de Vicente Martínez, Rosario/Gómez Rivero, M^a Carmen/Mata y Martín, Ricardo M./Serrano Piedecosas-Fernández, José Ramón/Herederero Salamanca, Eusebio/Militello, Vincenzo/Nieto Martín, Adán (dirs. Serrano-Piedecosas Fernández, José Ramón/Demetrio Crespo, Eduardo), Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial, Madrid, Colex, 2010.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Capítulo II. De las falsedades documentales, en: Cobo del Rosal, Manuel/Morllas Cueva, Lorenzo (dirs.), Comentarios al Código penal, Tomo XII, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 153-190.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Comentario al artículo 390 del Código Penal, en: Cobo del Rosal, Manuel/Morllas Cueva, Lorenzo (dirs.), Comentarios al Código penal, Tomo XII, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 191-209.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, La autoría en Derecho Penal, (ed. chilena aumentada del libro de 1991, con prólogo y apéndice sobre la regulación de la autoría y la participación en el Código Penal chileno), Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2011.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Caso del vigilante-conductor, en: Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo (coord.), Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal, 2^a ed. Madrid, La Ley, 2011, pp. 373-389.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Der Einfluss der Roxinschen Täterschaftstheorie (insbesondere betreffend die Mittäterschaft) auf die

spanische Rechtslehre und Rechtsprechung: Kritische Betrachtungen, *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)* 5/2011, pp. 259-283.

- Díaz y García Conlledo, Miguel*, La coautoría en el Código Penal colombiano, *Huellas*, 72, 2011, pp. 138-160.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Tendencias jurisprudenciales en la exigencia de responsabilidad a los superiores por hechos de los subordinados, *Huellas*, 72 2011, pp. 180-200.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, El error en Derecho penal económico, en: Sabadini, Patricio Nicolás (comp.), *Estudios críticos del Derecho penal moderno*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido editor, 2011, pp. 31-57.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, El Derecho en el Cine, en: Martínez, Clara Isabel/Alonso González, Pablo (coords.), *Del papel a la imagen*, Astorga, Universidad de León/Festival de Cine “Ciudad de Astorga”, 2011, pp. 65-70.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, El error sobre elementos normativos del tipo penal, edición colombiana del libro de 2008 con prólogo para ella, Bogotá, Editorial Universidad del El Rosario, 2012. Recensión de Gálvez Bermúdez, Carlos Augusto, *Cuadernos de Derecho Penal (Bogotá, Colombia)*, 7, 2012, pp. 121-129.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, La prisión y sus fines en el cine, en: Ruiz Rodríguez, Luis Ramón/Ruiz Fernández, María Jesús (dirs.), *Carcelariamente*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 23-44.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*/García Amado, Juan Antonio*/Junieles Acosta, Irina/Tarodo Soria, Salvador/Trapero Barreales, María A.*/Pardo Prieto, Paulino César (coords.), *Libertad de expresión y sentimientos religiosos*, Lisboa, Juruá, 2012.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Límite entre la coautoría y la participación. A propósito de un caso real, *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 0, 2012, pp. 36-49.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, La influencia de la teoría de la autoría (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas, *Nuevo Foro Penal (EAFIT, Medellín, Colombia)*, 76 (2011, publicado en 2012), pp. 15-48.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, *Reservoir Dogs: ¿Delincuencia organizada o supuesto clásico de codelincuencia?*, en: Nakousa, Moira/Soto, Daniel, *Cine y criminalidad organizada. Una mirada multidisciplinaria*, Santiago de Chile, Editorial Cuarto Propio, 2012, pp. 211-2019.

- Díaz y García Conlledo, Miguel*/Barber Burusco, Soledad*, El problema de la eutanasia y la participación en el suicidio: el caso español. Una aproximación, *Revista Penal*, año 1, nº 2, 2012, pp. 73-110.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*/Barber Burusco, Soledad*, Participación en el suicidio y eutanasia. Esbozo del tratamiento en España, *Nuevo Foro Penal*, 79, 2012, pp. 115-149.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*/García Amado, Juan Antonio*, La Universidad española y sus facultades de Derecho, teoría & derecho, 11, 2012, pp. 276-294.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal, en: Álvarez García, Francisco Javier *et al.* (coords.), Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 446-497.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, El complicado régimen privilegiado del artículo 30 del Código Penal español en materia de codeinlucencia y encubrimiento en los delitos cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos, *Revista Penal (México)*, 4, 2013, pp. 21-34.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010. La autoría y la participación en el delito de blanqueo de capitales, en: Abel Souto, Miguel/Sánchez Stewart, Nelson (coords.): III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 281-299, 395-396 (estas dos páginas bajo el título El castigo del autoblanqueo, según la reforma penal de 2010, la autoría y la participación, en el apartado de conclusiones).
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Reflexiones críticas sobre las diferentes implicaciones del nuevo sistema "impuesto" por Bolonia, en: Morillas Fernández, David L./Rodríguez Ferrández, Samuel, *Innovación docente y Derecho penal*, 2013.
- Durán Seco, Isabel*, La investigación genética y su limitación a través del Derecho penal, en: *Biotecnología y Bioderecho*, León, Eolas, 2011.
- Durán Seco, Isabel*, Comentario al artículo 389 del Código Penal, en: Cobo del Rosal, Manuel/Morillas Cueva, Lorenzo (dirs.), *Comentarios al Código penal*, Tomo XII, Madrid, Dykinson, 2011.
- Durán Seco, Isabel*, La responsabilidad penal del profesional de la sanidad. Especial atención a matronas, ginecólogos y anestesiistas en el ámbito del parto,

en: Estrategia para la implantación del parto normal. Criterios a matronas, obstretas y anestesiólogos, Junta de Castilla y León, León, 2012.

- Durán Seco, Isabel*, La expulsión de extranjeros en Derecho penal. Recensión al libro de Torres Fernández, María Elena, La Ley, Madrid, 2012, La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, 7920, 2012.
- Durán Seco, Isabel*, La expulsión de extranjeros. Especial atención a la regulación penal. Comentario crítico al libro de Torres Fernández, María Elena: La expulsión de extranjeros en Derecho penal, La Ley, Madrid, 2012, Cuadernos de política criminal, 109, 2013.
- García Amado, Juan Antonio*, Fragmentos elementales sobre penas y penalistas, Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 0, 2012, pp. 80-97.
- Gómez Martín, Víctor*, Delitos de falsedades, en: Ortiz de Urbina, Íñigo (dir.), Penal Económico y de la Empresa. Memento Práctico Francis Lefebvre, Madrid, Francis Lefebvre, 2011, pp. 869 y ss.
- Gómez Martín, Víctor*, Eximentes, en: Ortiz de Urbina, Íñigo (dir.), Penal Económico y de la Empresa. Memento Práctico Francis Lefebvre, Madrid, Francis Lefebvre, 2011, pp. 102 y ss.
- Gómez Martín, Víctor*, Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, en: Ortiz de Urbina, Íñigo (dir.), Penal Económico y de la Empresa. Memento Práctico Francis Lefebvre, Madrid, Francis Lefebvre, 2011, pp. 511 y ss.
- Gómez Martín, Víctor*, Denegación discriminatoria de prestación de servicios en el ámbito privado, en: Ortiz de Urbina, Íñigo (dir.), Penal Económico y de la Empresa. Memento Práctico Francis Lefebvre, Madrid, Francis Lefebvre, 2011, pp. 949 y ss.
- Gómez Martín, Víctor*, Caso del asesor fiscal, en: Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo (coord.), Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal, Madrid, La Ley, 2011, pp. 669-685.
- Gómez Martín, Víctor*, La nueva regulación de la prescripción del delito en el Código Penal español: algunas luces y muchas sombras, Revista de Ciências Penais, 15, 2011.
- Gómez Martín, Víctor*, La reforma de la Parte General del Código Penal (LO 5/2010), de 22 de junio: ¿avance o retroceso?, Revista Catalana de Seguretat Pública, 24, 2011.

- Gómez Martín, Víctor*, Discurso del odio y principio del hecho, en: Mir Puig, Santiago*/Corcoy Bidasolo, Mirentxu* (dirs.), Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 89-120.
- Gómez Martín, Víctor*, Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores: nuevas bases para una distinción necesaria, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 14, 2012.
- Gómez Martín, Víctor*, Sabotaje informático, “top manta”, importaciones paralelas y fraude de inversores: ¿algunos exponentes de un nuevo derecho penal económico?, Revista Jurídica de Catalunya, 109, 2012.
- Gómez Martín, Víctor*, Imprescriptibilidad y terrorismo: quo vademus?, Crítica Penal y Poder, 4, 2013. También en Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 1, 2013, pp. 204-230.
- Gómez Martín, Víctor*, Compliance und Arbeitnehmerrechte, en: Kuhlen *et al.* (coords.), Compliance un Strafrecht, C.F., Müller, 2013.
- Gómez Martín, Víctor*, Delitos especiales y moderna dogmática del Derecho penal económico: ¿un matrimonio bien avenido?, en: Silva Sánchez, Jesús María/Miró Llinares, Fernando (dirs.), La teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid, La Ley, 2013.
- Jericó Ojer, Leticia*, Comentario al artículo 396 del Código Penal, en: Cobo del Rosal, Manuel/Morillas Cueva, Lorenzo (dirs.), Comentarios al Código penal, Tomo XII, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 425-443.
- Jericó Ojer, Leticia*, La relevancia penal de los sentimientos religiosos como límite a la libertad de expresión. Especial referencia al delito de escarnio (art. 525 CP), en: Díaz y García Conlledo, Miguel*/García Amado, Juan Antonio*/Junieles Acosta, Irina/Tarodo Soria, Salvador/Trapero Barreales, María A.*/Pardo Prieto, Paulino César (coords.), Libertad de expresión y sentimientos religiosos, Lisboa, Juruá, 2012, pp. 103-152.
- Jericó Ojer, Leticia*, La nueva redacción del art. 58.1 CP: el análisis de una reforma anunciada, InDret, 3, 2011, pp. 1-25.
- Jericó Ojer, Leticia*, La tutela penal del ruido, en: Alenza García, José Francisco (coord.), El Derecho contra el ruido, Madrid, Civitas, 2013, pp. 365-407.
- Jericó Ojer, Leticia*, La relevancia práctica del principio acusatorio (o mejor dicho, principio de proporcionalidad), en la LORPM (art. 8 párrafo 2º): ¿aplicación obligatoria de las medidas de internamiento al menor cuando, para el

mismo hecho, el CP no prevé pena privativa de libertad para el adulto?, *Revista Penal*, 31, 2013, pp. 140-160.

- Jorge Barreiro, Agustín*, Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado, *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 0, 2012, pp. 144-195.
- Luzón Campos, Enrique*, ¿Sanciones Penales a los Altos Directivos de la Banca?, *Diario La Ley*, 7757, 2011.
- Luzón Campos, Enrique*, Blanqueo de cuotas defraudadas y la paradoja McFly, *Diario La Ley*, 7818, 2012.
- Luzón Campos, Enrique*, La omisión del deber de socorro. Consideraciones legales en “Siniestros viales con fuga”, Vigo, Ed. Consorcio de Compensación de Seguros; Universidad de Vigo, 2013.
- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Responsabilidad penal del asesor jurídico, en: Muñoz Conde, Francisco *et al.* (dirs.), *Un Derecho Penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 681-711; tb. en *RDUCA: Revista de Derecho, Univ. Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas*, 15-2011, Managua, Nicaragua, pp. 45-72; en *Revista Penal* 29 2012, pp. 97-114; en *Estudios de Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Juan Fernández Carrasquilla*, Univ. de Medellín, Colombia, 2012, pp. 1205-1236; en *Revista Derecho Penal Mínimo* 6 2012, México; en *Doxa Penal. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, , III 2013, Universidad Nacional del Rosario Ediar, Buenos Aires, pp. 27-64.
- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Alteritätsprinzip oder Identitätsprinzip vs. Selbstverantwortungsprinzip. Teilnahme an Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und Gleichstellung: das Kriterium der Risikokontrolle, *GA (Goldammer’s Archiv für Strafrecht)* 2011-5: Festgabe für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, pp. 295-311.
- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo, *Revista General Derecho Penal (RGDP)* 15, 2011, Madrid, Iustel (electrónica: <http://www.iustel.com>), pp. 1-21; tb. en *Revista de Derecho Penal (RDP arg., dir. E. Donna)* 2011-1 (Imputación, causalidad y ciencia – III), Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, pp. 13-40; en *Nuevo Foro Penal (NFP)* 74 2010 (realm. 2011), (Bogotá, Ed. Temis, ISSN 0120-8179), pp. 58-80; en *Libertas. Revista de la FICP*, 0, 2012 (www.ficp.es), pp. 17-35.

- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Die Berufung auf das Gewissen im spanischen Recht (Recht auf Gewissenstat und Verweigerung aus Gewissensgründen als Rechtfertigungsgrund im spanischen Recht), Festschrift für Imme Roxin zum 75. Geburtstag (Schulz/Reinhart/Sahan eds.), Heidelberg, C.F. Müller, 2012, pp. 757-763.
- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Handeln aus Gewissensgründen als Entschuldigungsgrund im Vergleich zur Strafbarkeit der Überzeugungstat, en: Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013 (eds. Zöllner, Hilger, Küper y Roxin), Berlin, Duncker & Humblot, 2013, pp. 431-438.
- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción, InDret (www.indret.com) 2013- 1, pp. 1-22; tb. en Derechos humanos: problemas actuales. Estudios en Homenaje al Prof. Benito de Castro Cid, Madrid, Universitas, 2013, pp. 1.513-1.528; en Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro Homenaje a Nódier Agudelo Betancour, Ibáñez/Univ. de los Andes, Bogotá Colombia, 2013, pp. 597-618.
- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Libertad, culpabilidad y neurociencias, InDret 2012 3 (www.indret.com), pp. 1-59; tb. en Revista de Derecho Penal (RDP arg., dir. E. Donna) 2012-1 (La culpabilidad: nuevas tendencias, I), Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, pp. 153-225; en E. Demetrio Crespo (dir.)/Maroto Calatayud (coord.), Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y del tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, Madrid/ Buenos Aires-Montevideo, Edisofer/ B de F, 2013, pp. 341-401.
- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Responsabilidad penal del asesor jurídico, en especial en relación con el blanqueo de capitales, en: Abel Souto, M./Sánchez Stewart, N. (coords.), III Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 301-337; tb. en Foro FICP, 2013-1 (www.ficp.es), pp. 28-63.
- Luzón Peña, Diego-Manuel*, El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal, RGDP: Rev. General de Derecho Penal 18 2012 (nov.), Iustel (<http://www.iustel.com>), Madrid, pp. 1-48; tb. en Estudios Penales en Homenaje al Prof. Rodrigo Fabio Suárez Montes, Oviedo, Ed. Constitutio Criminalis Carolina (dir. Javier G. Fernández Teruelo), 2013, pp. 379-423; en Libro Homenaje al Prof. José Hurtado Pozo, Lima, Ed., 2013; en Anuario Fac.de Dereito de Ourense 2012/13.
- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Consentimiento presunto y autorización oficial: exclusión de la antijuridicidad o de la tipicidad y requisitos respectivos, Rev. de Derecho Penal (Lex Nova/Thomson Reuters, Valladolid, dir. Prof. A. Sanz):

RDP 38, 2013, pp. 9-33; tb. en Foro FICP, 2013-2, supra; en RDPC-LaLey (Buenos Aires, dir. Zaffaroni) 2012-11; en Rev. Peruana de Ciencias Penales (RPerCP) 25 2013; Libro Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela) por su 60º aniversario, Caracas, 2013.

- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Prólogo al libro de José Zamyra Vega Gutiérrez, Mercado de valores en Derecho Penal. Abuso de información privilegiada bursátil: Insider trading, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2013, Edisofer/BdeF, pp. XI-XIV.
- Mir Puig, Santiago*, Neoliberalismus, Finanzkrise und Strafrecht, en: Schünemann, B. (Hrsg.). Die sogenannte Finanzkrise-Systemversagen oder global organisierte Kriminalität? BWV, 2010, pp. 9 ss.
- Mir Puig, Santiago*/Corcoy Bidasolo, Mirentxu*/Bolea Bordón, Carolina/Cardenal Montraveta, Sergi/Gallego Soler, José Ignacio/Gómez Martín, Víctor*/Santana Vega, Dulce M./Mir Puig, Carlos/Hortal Ibarra, Juan Carlos/Fernández Bautista, Silvia/Carpio Briz, David (dirs. Mir Puig, Santiago/Corcoy Bidasolo, Mirentxu), Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- Mir Puig, Santiago*, Evoluzione politica e involuzione di diritto penale, en: Stile, A. M./Moccia, S. Democrazia e autoritarismo nel diritto penale. Edizione Scientifiche Italiane, 2011.
- Mir Puig, Santiago*, Evolución de las ideas políticas y evolución del Derecho penal, Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 0, 2012, pp. 4-16.
- Olaizola Nogales, Inés*, Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 316 y 317 CP) y su relación con los resultados lesivos, en: Urquiza Olaechea, I. *et al.* (coords.), Homenaje a Klaus Tiedemann. Dogmática Penal de Derecho Penal Económico y Política Criminal, vol. I, Lima, Lima, 2011, pp. 565-616.
- Olaizola Nogales, Inés*, Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria, Estudios penales y Criminológicos, XXX, 2011, pp. 269-316.
- Olaizola Nogales, Inés*, Caso de la construcción de Burgos, en: Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo (coord.), Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal, Madrid, La Ley, 2011, pp. 441-457.
- Olaizola Nogales, Inés*, Comentario al artículo 391 del Código Penal, en: Cobo del Rosal, Manuel/Morillas Cueva, Lorenzo (dirs.), Comentarios al Código penal, Tomo XII, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 211-230.

- Olaizola Nogales, Inés*, Comentario al artículo 392 del Código Penal, en: Cobo del Rosal, Manuel/Morillas Cueva, Lorenzo (dirs.), Comentarios al Código penal, Tomo XII, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 231-262.
- Olaizola Nogales, Inés*, Delitos contra la seguridad vial y su relación con los resultados lesivos, *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 0, 2012, pp. 425-471.
- Olaizola Nogales, Inés*/Barber Burusco, Soledad*/Jericó Ojer, Leticia*/Frances Lecumberri, Paz (socia), La justicia de menores en Navarra: seis años de actividad (2002-2010), *Revista Jurídica de Navarra*, 53-54, 2012, pp. 11-69.
- Olaizola Nogales, Inés*, La medida de internamiento en régimen cerrado en la LORPM ¿Estamos ante un Derecho penal de la seguridad?, *Revista Penal*, 31, enero 2013, pp. 190-221.
- Olaizola Nogales, Inés*, A vueltas con la” inmigración ilegal” y el nuevo delito de trata de personas, en: Fernández Teruelo (dir.), Estudios Penales en Homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, Oviedo, Constitutio Criminales Carolina, 2013, pp. 459-490.
- Paredes Castañón, José Manuel*, El “terrorista” ante el Derecho Penal: por una política criminal intercultural, *Nuevo Foro Penal*, 74, 2010, pp. 99-177.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Caso del aceite de colza, en: Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo (coord.), Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal, Madrid, La Ley, 2011, pp. 425-439.
- Paredes Castañón, José Manuel*, "Efecto social" del hecho y merecimiento de pena: para una crítica de la política criminal de la seguridad, en: Muñagorri, Ignacio/ Pegoraro, Juan S. (coords.): Órdenes normativos y control social en Europa y Latinoamérica en la era de la globalización, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 213-240.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Comentario al artículo 395 del Código Penal, en: Cobo del Rosal, Manuel/Morillas Cueva, Lorenzo (dirs.), Comentarios al Código penal, Tomo XII, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 341-424.
- Paredes Castañón, José Manuel*, El Derecho Penal español del medioambiente: una evaluación crítica, en: Álvarez García, Francisco Javier *et al.* (coords.), Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 693-712.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Libertad, seguridad y delitos de amenazas, *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 0, 2012, pp. 271-323.

- Paredes Castañón, José Manuel*, La impunidad como práctica interpretativa: sobre el desprecio de la jurisdicción penal por el Derecho Internacional de los derechos humanos, en: Fernández Teruelo, Javier Gustavo (dir.): Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, Oviedo, Constitutio Criminalis Carolina, 2013, pp. 491-503.
- Paredes Castañón, José Manuel*, La impunidad como práctica interpretativa: sobre el desprecio de la jurisdicción penal por el Derecho Internacional de los derechos humanos, Jueces para la Democracia, 76, 2013, pp. 32-40.
- Peñaranda Ramos, Enrique*, Caso Rose-Rosahl, en: Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo (coord.), Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal, Madrid, La Ley, 2011, pp. 61-79. También (con modificaciones) en Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 0, 2012, pp. 126-143.
- Roso Cañadillas, Raquel*, Derecho penal, prevención y responsabilidad social corporativa, Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 0, 2012, pp. 220-270.
- Sanz Morán, Ángel José*, Medidas de seguridad: régimen general (arts. 96.3º, 97, 98, 103.3º y 105), en: Álvarez García, Francisco Javier/González Cussac, José Luis (dirs.), Comentarios a la reforma penal de 2010, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 139-146.
- Sanz Morán, Ángel José*, Caso del homicidio preterintencional, en: Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo (coord.), Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal, Madrid, La Ley, 2011, pp. 291-305.
- Sanz Morán, Ángel José*, La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal, en: Muñoz Conde, Francisco *et al.* (dirs.), Un Derecho Penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 997-1028. También en Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 0, 2012, pp. 196-219.
- Sanz Morán, Ángel José*, Acerca de algunas cláusulas concursales recogidas en el Código Penal, en: Álvarez García, Francisco Javier *et al.* (coords.), Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 191-204.
- Sanz Morán, Ángel José*, A vueltas con el cheque, en: Fernández Teruelo, Javier Gustavo (dir.): Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, Oviedo, Constitutio Criminalis Carolina, 2013, pp. 657-674.
- Suárez Sánchez, Alberto*, El hurto por medios informáticos y semejantes a través de la utilización de tarjeta magnética falsa o ajena en cajero automático,

Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 0, 2012, pp. 324-346.

- Vicente Remesal, Javier de*/García Mosquera, Marta, Comercialización de veiras contaminadas: requisitos esenciales para su consideración como delito contra la salud pública, *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 0, 2012, pp. 50-79.
- Trapero Barreales, María A.*, *Los delitos contra la seguridad vial: ¿una reforma de ida y vuelta?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- Trapero Barreales, María A.*, Comentario al artículo 393 del Código Penal, en: Cobo del Rosal, Manuel/Morillas Cueva, Lorenzo (dirs.), *Comentarios al Código penal*, Tomo XII, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 263-327.
- Trapero Barreales, María A.*, Un ejemplo de mala praxis legislativa: los fallos por “olvidos” en las reformas penales, *La Ley*, 7735, 2011.
- Trapero Barreales, María A.*, El ámbito subjetivo de aplicación de la LORRPM: la fijación del límite mínimo, un debate peligrosamente abierto, *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 0, 2012, pp. 347-424.
- Trapero Barreales, María A.*, El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en el anteproyecto de reforma del CP, *La Ley*, 7941, 2012.
- Trapero Barreales, María A.*, Aplicación de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores a los mayores de 18 años: el discurso en torno a la creación de un Derecho Penal Juvenil, *Nuevo Foro Penal (Colombia)*, 78, 2012, pp. 32-69.
- Trapero Barreales, María A.*, La implantación del DP juvenil en el sistema penal español: ¿una aspiración trasnochada?, *Revista de Derecho Penal*, 38, 2013, pp. 69-99.
- Trapero Barreales, María A.*, Catorce (14) años. Una propuesta de criterio “vinculante”, intocable desde los actuales postulados del DP de la seguridad, para la fijación del límite mínimo de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, *Revista Penal*, 32, 2013, pp. 250-282.
- Trapero Barreales, María A./Durán Seco, Isabel*, Tratamiento penal de la responsabilidad civil derivada del delito: arts 109 a 122 CP español, *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 1, 2013, pp. 573-647.

- Trapero Barreales, María A.*, Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad: arts. 71 y 80 a 88 CP, en: Álvarez García (dir.)/Dopico Gómez-Aller, Jacobo (coord.), Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 329-355.
- *Socios* (con asterisco los socios):
 - Abel Souto, Miguel*/Sánchez Stewart, Nielson (coords.), II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
 - Abel Souto, Miguel*, Termos essenciais de Dereito penal, Santiago, USC, 2011.
 - Abel Souto, Miguel*, As penas privativas de liberdade. Unidade didáctica 16, Santiago, USC, 2011.
 - Abel Souto, Miguel* (coord.), Bilingual Legal Dictionary. (English-Spanish), Santiago, USC, 2011, en <http://hdl.handle.net/10347/3599>.
 - Abel Souto, Miguel*, Necesidad de alternativas frente a la propensión hacia el punitivismo y sustitución de la pena de prisión según el artículo 88 del Código penal español, reformado por la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio, en: Muñoz Conde, Francisco*/Lorenzo Salgado, José Manuel* *et al.* (dirs.), Un Derecho Penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 17-46.
 - Abel Souto, Miguel* (coord.), Multilingual Legal Dictionary. (English-Spanish-Galician), Santiago, Meubook, 2012.
 - Álvarez García, Francisco Javier/González Cussac, José Luis*, ¿Otra reforma más?, en Álvarez García, Francisco Javier/González Cussac, José Luis* (dirs.), Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código Penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
 - Álvarez, Rosa María/Laurenzo Copello, Patricia*/Machado Ruiz, M^a Dolores*/Maqueda Abreu, M^a Luisa*/Molina Caballero, M^a Jesús/de Paúl Velasco, José Manuel/Rubio, Ana/de Torres Porras, Flor (coord. P. Laurenzo Copello*), La violencia de género en la ley: reflexiones sobre veinte años de experiencia en España, Madrid, Dykinson, 2010.
 - Benito Sánchez, Carmen Demelsa*, El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, Madrid, Iustel, 2012.
 - Benito Sánchez, Carmen Demelsa*, Estudio sobre los delitos de cohecho de funcionarios públicos comunitarios, extranjeros y de organizaciones internacionales en el Derecho penal alemán, Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología, 15-04, 2013.

- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio*/Fabián Caparrós, Eduardo A., La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español, Muñoz Conde, Francisco*/Lorenzo Salgado, José Manuel*/Ferré Olivé, Juan Carlos/Cortés Bechiarelli, Emilio/Núñez Paz, Miguel Ángel (dirs.), Un Derecho Penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 117-195.
- Cantero Cerquella, Cristóbal*, La Responsabilidad penal de los Funcionarios por delitos ambientales, Madrid, Reus, 2010.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos*/Morales Prats, Fermín, Responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. del Libro I: 31 bis, supresión del 31.2 y nuevos, 66 bis, 116.3, 66.3, 130; y del Libro II: arts 156 bis, 177 bis, 189 bis, 197, 251 bis, 261 bis, 264, 288, 302, 310 bis, 318 bis, 319, 327, 328, 343, 369, 369 bis, 399 bis, 427, 430, 445, 576 bis), en: Álvarez García, Francisco Javier/González Cussac, José Luis* (dirs.), Comentarios a la reforma penal de 2010, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 55-86.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos*/González Cussac, José Luis*, La nueva regulación penal del aborto, en: de Paula Blasco Gascó, Francisco *et al.* (coords.), Estudios jurídicos en homenaje al Dr. Vicente L. Montés Penadés, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 443-460.
- Demetrio Crespo, Eduardo*/Serrano-Piedecabras Fernández, José Ramón, Filosofía del lenguaje y Derecho penal: una aproximación, Méjico, D.F., Ujibus, 2010.
- Demetrio Crespo, Eduardo*/de Vicente Martínez, Rosario/Matellanes Rodríguez, Nuria (coord. Eduardo Demetrio Crespo), Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo II. Teoría del delito, Madrid, Iustel, 2011.
- Demetrio Crespo, Eduardo*, Constitución y sanción penal, *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 1, 2013, pp. 57-110.
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo*, Caso del cobertizo, en: Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo* (coord.), Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal, Madrid, La Ley, 2011, pp. 237-258.
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo*, Modificaciones relativas a los tipos de robo con fuerza en las cosas y robo con violencia e intimidación (arts. 239 y 242), en: Álvarez García, Francisco Javier/González Cussac, José Luis* (dirs.), Comentarios a la reforma penal de 2010, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 269-274.

- Escobar Vélez, Susana*, El Derecho penal de menores en el contexto de la Unión Europea. *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 1, 2013, pp. 155-188.
- Fuente Honrubia, Fernando de la*, Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal, en: Álvarez García, Francisco Javier/González Cussac, José Luis* (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 163-168.
- García del Blanco, Victoria*/Martín Lorenzo, María/Sanz-Diez de Ulzurrun Lluch, Marina* (coord. M. Gutiérrez Rodríguez), *Protección penal de la seguridad vial*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- González Cussac, José Luis*, *Compendio de Derecho Penal (Parte General)*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- González Cussac, José Luis*, Nuevas amenazas a la seguridad nacional: el desafío del nuevo terrorismo, *Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional (Legis)*, 32, Julio-Septiembre 2010, pp. 81-107.
- González Cussac, José Luis*, La generalización del Derecho penal de excepción: la afectación al derecho a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad, *Revista Penal Colombia*, 1, 2010, pp. 79-98.
- González Cussac, José Luis*, Estrategias legales frente a las ciberamenazas, en: *Ciberseguridad. Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio*, Madrid, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, 2010, pp. 85-127.
- González Cussac, José Luis*, La reforma permanente: clima de miedo, pensamiento impecable y derechos mínimos, en: Álvarez García, Francisco Javier/González Cussac, José Luis* (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 39-44. También en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, 14, agosto 2010, pp. 454-459.
- González Cussac, José Luis*/Larriba Hinojar, B., Un Nuevo Enfoque Legal de la Inteligencia Competitiva, *Inteligencia y seguridad: Revista de Análisis y prospectiva*, 8, 2010, pp. 39-72.
- González Cussac, José Luis*/Mira Benavent, Javier, Caso de la silla o del enfrentamiento de la víctima (comentario a la STS de 17 septiembre 1999), en: Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo* (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 647-667.

- González Cussac, José Luis*/Larriba Hinojar, Beatriz, Inteligencia económica y competitiva. Estrategias legales en las nuevas agendas de seguridad nacional, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- González Cussac, José Luis*, Intromisión en la intimidad y servicios de inteligencia, en: Muñoz Conde, Francisco*/Lorenzo Salgado, José Manuel*/Ferré Olivé, Juan Carlos/Cortés Bechiarelli, Emilio/Núñez Paz, Miguel Ángel (dirs.), Un Derecho Penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 267-294.
- González Cussac, José Luis*/ Larriba Hinojar, B., Inteligencia económica: cuestiones y perspectivas legales, Aquiminidia (Revista de la Academia Superior de Inteligencia y Seguridad Pública del Departamento Administrativo de Seguridad), 2011.
- González Cussac, José Luis* (coord.), Inteligencia, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- González Cussac, José Luis*, La verificación de los ordenamientos internos en los países de localización como garantía de la seguridad y la confidencialidad de la información, en Martínez Martínez, Ricard (ed.), Derecho y Cloud Computing, Madrid, Cívitas, 2012, pp. 289-307.
- González Cussac, José Luis*, El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: Gómez Colomer, Juan Luis *et al.* (coords.), El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Liber Amicorum, en Homenaje y para celebrar el LXX del prof. Juan Montero Aroca, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 1033-1050. También en Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 1, 2013, pp. 281-300.
- González Cussac, José Luis*/Hernández-Romo Valencia, P., ¿Existe el principio de la ley especial deroga la ley general en materia penal? La confusión de un sector de la doctrina penalista respecto del principio de especialidad, Revista Penal, 29, enero 2012, pp. 87 y ss.
- González Cussac, José Luis*, El derecho a la legalidad penal (comentarios a los artículos 1 y 2 del Código Penal para el Distrito Federal), Primer Monográfico de la Revista de Investigaciones Jurídicas. Trabajos en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario, México 2012.
- González Cussac, José Luis*, El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación, en: Álvarez García, Francisco Javier *et al.* (coords.), Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 603-620. También en Inteligencia y seguridad: Revista de Análisis y prospectiva, 8, 12, 2012.

- González Cussac, José Luis*, La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida, *Derecho Penal Mínimo. Revista de Análisis Jurídico-penal*, 11, Enero 2013, pp. 127-168.
- González Cussac, José Luis*, Inteligencia jurídica: el valor estratégico del Derecho en la seguridad económica, en: *La inteligencia económica en un mundo globalizado*, Madrid, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, 2013, pp. 103-134.
- Gracia Martín, Luis*, Contribución al esclarecimiento de los fundamentos de legitimidad de la protección penal de bienes jurídicos colectivos por el Estado Social y Democrático de Derecho, *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 1, 2013, pp. 301-326.
- Laurenzo Copello, Patricia*, El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos, en: *Maqueda Abreu, Consuelo*/Martínez Bullé Goyri, Víctor M. (coords.), Derechos humanos: temas y problemas*, México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2010, pp. 139-164.
- Laurenzo Copello, Patricia*, La violencia de género en la política criminal española: entre el reconocimiento social y la desconfianza hacia las mujeres, en: *Muñoz Conde, Francisco*/Lorenzo Salgado, José Manuel*/Ferré Olivé, Juan Carlos/Cortés Bechiarelli, Emilio/Núñez Paz, Miguel Ángel (dirs.), Un Derecho Penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 607-630.
- Laurenzo Copello, Patricia*, *Dogmática y política criminal del aborto*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- Laurenzo Copello, Patricia*, Derechos reproductivos e interrupción voluntaria del embarazo: un nuevo paradigma para la regulación penal del aborto, *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 1, 2013, pp. 327-348.
- Lorenzo Salgado, José Manuel*, Reformas penales y drogas: observaciones críticas (especial referencia a la LO 5/2010, de modificación del Código penal), en: *Muñoz Conde, Francisco*/Lorenzo Salgado, José Manuel*/Ferré Olivé, Juan Carlos/Cortés Bechiarelli, Emilio/Núñez Paz, Miguel Ángel (dirs.), Un Derecho Penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 631-679.
- Lorenzo Salgado, José Manuel*, El tipo agravado de blanqueo cuando los bienes tengan su origen en el delito de tráfico de drogas, en: *Fernández Teruelo, Javier Gustavo (dir.): Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Oviedo, Constitutio Criminalis Carolina, 2013, pp. 355-378.

- Luca, Javier A. de*, La veracidad, las expresiones y el derecho penal, en: Mir Puig, Santiago/Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dirs.), Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 19-88.
- Maqueda Abreu, M^a Luisa*, ¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso femenino crítico, en: Maqueda Abreu, Consuelo*/Martínez Bullé Goyri, Víctor M. (coords.), Derechos humanos: temas y problemas, México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2010, pp. 3-67.
- Maqueda Abreu, M^a Luisa*/Laurenzo Copello, Patricia*, El Derecho penal en casos. Parte General. Teoría y Práctica, 3^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- Maqueda Abreu, M^a Luisa*, Aproximación a la violencia juvenil colectiva desde una criminología crítica (bandas, tribus y otros grupos de calle), en: Muñoz Conde, Francisco*/Lorenzo Salgado, José Manuel*/Ferré Olivé, Juan Carlos/Cortés Bechiarelli, Emilio/Núñez Paz, Miguel Ángel (dirs.), Un Derecho Penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 743-791. También en Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 1, 2013, pp. 349-409.
- Machado Ruiz, M^a Dolores*, Jóvenes delincuentes y políticas de seguridad, en: Maqueda Abreu, Consuelo*/Martínez Bullé Goyri, Víctor M. (coords.), Derechos humanos: temas y problemas, México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2010, pp. 191-240.
- Machado Ruiz, M^a Dolores*, La situación de la mujer migrante en el sistema jurídico español, en: Bravo Bosch, M^a José/Rodríguez López, Rosalía (eds.), Madrid, Dykinson, 2011, pp. 295-318.
- Machado Ruiz, M^a Dolores*, Desmontando el discurso oficial sobre la trata de seres humanos, en: Multiculturalidad, género y Derecho, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- Mir Puig, Carlos*, Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad (con jurisprudencia constitucional, criterios y resoluciones de los jueces de vigilancia penitenciaria y resoluciones de las audiencias provinciales), 2^a ed., Barcelona, Atelier, 2012.
- Miró Llinares, Fernando*, Caso Motassadeq y los atentados del 11-S, en: Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo* (coord.), Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal, Madrid, La Ley, 2011, pp. 747-761.
- Miró Llinares, Fernando*, Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (I) Tipo objetivo,

en: Silva Sánchez, Jesús María*/Miró Llinares, Fernando* (dirs.), La teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid, La Ley, 2013.

- Miró Llinares, Fernando*, Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (II). Tipo “subjetivo”, en: Silva Sánchez, Jesús María*/Miró Llinares, Fernando* (dirs.), La teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid, La Ley, 2013.
- Miró Llinares, Fernando*, Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (III). Intervención delictiva, en: Silva Sánchez, Jesús María*/Miró Llinares, Fernando* (dirs.), La teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid, La Ley, 2013.
- Monge Fernández, Antonia*, El delito concursal punible, ¿una solución penal a un problema mercantil?, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- Monge Fernández, Antonia*, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, Barcelona, Bosch, 2011.
- Moniz, Helena, El tipo legal del delito de negación de asistencia médica agravado por el resultado de muerte o legión grave: ¿delito agravado por el resultado?, Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 1, 2013, pp. 410-449.
- Morillas Cueva, Lorenzo*, Consentimiento y consentimiento presunto: ¿dos formas de un mismo todo?, en: Álvarez García, Francisco Javier *et al.* (coords.), Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 125-145.
- Morillas Cueva, Lorenzo*, Pena de prisión versus alternativas: una difícil convergencia, Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 1, 2013, pp. 450-498.
- Muñoz Conde, Francisco*, El derecho penal en tiempos de cólera, en: Muñoz Conde, Francisco*/Lorenzo Salgado, José Manuel* *et al.* (dirs.), Un Derecho Penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 851-883.
- Muñoz Conde, Francisco*, Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella, en: Fernández Teruelo, Javier Gustavo (dir.): Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, Oviedo, Constitutio Criminalis Carolina, 2013, pp. 447-458.
- Muñoz Conde, Francisco*, La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado, Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 1, 2013, pp. 499-531.

- Orts Berenguer, E./González Cussac, José Luis*, Desarrollo y políticas criminales, en: Albuquerque, Armando *et al.* (orgs.). Desenvolvimento - Aspectos Sociais, Econômicos e Político-Criminais, Curitiba, Juruá, 2012, pp. 181-2011.
- Pérez Cepeda, Ana I./Benito Sánchez, Carmen Demelsa*, La política criminal internacional contra la corrupción, en: Fabián Caparrós, Eduardo *et al.* (eds.), Cuadernos contra la corrupción. El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción, México D.F., UBIJUS, 2012, pp. 197-250.
- Pérez Cepeda, Ana I./Benito Sánchez, Carmen Demelsa*, Study on the existing tools for measuring crime trends, Revista Brasileira de Ciências Criminais, 98, 2012, pp. 361-396.
- Queralt Jiménez, Joan Josep*, Imposibilidades de la Ley de memoria histórica: el caso de Companys, en: Muñoz Conde, Francisco*/Lorenzo Salgado, José Manuel* *et al.* (dirs.), Un Derecho Penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 929-945.
- Queralt Jiménez, Joan Josep*, La corrupción privada. Apuntes a la novela LO 5/2010, en: Álvarez García, Francisco Javier *et al.* (coords.), Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 743-755.
- Queralt Jiménez, Joan Josep*, Delitos contra la Corona: apuntes sobre descoordinación normativa y paradojas penales, en: Fernández Teruelo, Javier Gustavo (dir.): Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, Oviedo, Constitutio Criminalis Carolina, 2013, pp. 535-546.
- Queralt Jiménez, Joan Josep*, Reflexiones marginales sobre la corrupción, Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 1, 2013, pp. 532-548.
- Ragués Vallès, Ramon*, Caso del cinturón, en: Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo* (coord.), Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal, Madrid, La Ley, 2011, pp. 193-205.
- Ragués Vallès, Ramon*, La doctrina de la ignorancia deliberada y su aplicación al Derecho penal económico-empresarial, en: Silva Sánchez, Jesús María*/Miró Llinares, Fernando* (dirs.), La teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid, La Ley, 2013.
- Ragués Vallès, Ramon*, La inaplazable reforma de la prescripción de la pena: razones y propuestas, en: Fernández Teruelo, Javier Gustavo (dir.): Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, Oviedo, Constitutio Criminalis Carolina, 2013, pp. 547-568.

- Robles Planas, Ricardo*, Caso del Leinenfänger, en: Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo* (coord.), Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal, Madrid, La Ley, 2011, pp. 111-127.
- Roca Agapito, Luis*, Novedades en torno a la regulación de la pena de multa (arts. 31 bis.2, 33.7, 50.3, 50.4, 52.4 y 53.5), en: Álvarez García, Francisco Javier/González Cussac, José Luis* (dirs.), Comentarios a la reforma penal de 2010, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 111-114.
- Roca Agapito, Luis*/Sánchez Dafaue, Mario, Las insolvencias punibles y la reforma de 2010 (arts. 257 y 261 bis), en: Álvarez García, Francisco Javier/González Cussac, José Luis* (dirs.), Comentarios a la reforma penal de 2010, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 287-290.
- Roca Agapito, Luis*, Abandono de menores, en: Fernández Teruelo, Javier Gustavo (dir.): Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, Oviedo, Constitutio Criminalis Carolina, 2013, pp. 569-594.
- Rueda Martín, M^a Ángeles*, El bien jurídico protegido en los delitos relativos a productos de consumo masivo, Estudios penales y criminológicos, XXX, 2010, pp. 395-445.
- Rueda Martín, M^a Ángeles*, Los ataques contra los sistemas informáticos: conductas de Hacking. Cuestiones político-criminales, en: Romeo Casabona (dir.), Granada, Comares, 2010, pp. 347-379.
- Rueda Martín, M^a Ángeles*, Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código penal, Granada, Comares, 2010.
- Rueda Martín, M^a Ángeles*, Caso “El Nani”, en: Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo* (coord.), Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal, Madrid, La Ley, 2011, pp. 391-404.
- Rueda Martín, M^a Ángeles*/Boldova Pasamar, Miguel Ángel, La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal español, en: Pieth, Mark/Ivory, Ratha (eds.), Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence and Risk, Heidelberg [etc.], Springer, 2011, pp. 271-288.
- Rueda Martín, M^a Ángeles*, La participación de *extranei* en un delito especial en el Código penal español de 1995, en: Araque, Diego (coord.), Estudios de Derecho Penal. Libro Homenaje a Juan Fernández Carrasquilla, Medellín, Universidad de Medellín, 2012, pp. 1033-1070.
- Rueda Martín, M^a Ángeles*, ¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal, Barcelona, Atelier, 2013.

- Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo*, Caso Hipercor, en: Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo (coord.), Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal, Madrid, La Ley, 2011, pp. 353-371.
- Santana Vega, Dulce M.*, El nuevo delito de acoso laboral, en: Álvarez García, Francisco Javier *et al.* (coords.), Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 865-882.
- Santana Vega, Dulce M*, Protección penal de la discriminación y libertad de expresión: la difícil convergencia europea, en: Mir Puig, Santiago/Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dirs.), Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 121-150.
- Serrano-Piedecasas Fernández, José Ramón/Demetrio Crespo, Eduardo* (dirs.), Terrorismo y Estado de Derecho, Madrid, Iustel, 2010.
- Serrano-Piedecasas Fernández, José Ramón/Demetrio Crespo, Eduardo* (dirs.), Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial, Madrid, Colex, 2010.
- Serrano-Piedecasas Fernández, José Ramón/Demetrio Crespo, Eduardo* (dirs.), El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo, Madrid, Colex, 2010.
- Silva Sánchez, Jesús María*, Caso FILESA , en: Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo* (coord.), Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal, Madrid, La Ley, 2011, pp. 555-569.
- Silva Sánchez, Jesús María*, La verdad en las declaraciones sobre pasadas condenas ¿histórica o normativa?, en: Muñoz Conde, Francisco*/Lorenzo Salgado, José Manuel* *et al.* (dirs.), Un Derecho Penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 1099-1111.
- Silva Sánchez, Jesús María*, Allende las fronteras de la “defraudación” típica. A propósito de la Seguridad Social como víctima, en: Álvarez García, Francisco Javier *et al.* (coords.), Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 883-891.
- Silva Sánchez, Jesús María*, Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial, en: Silva Sánchez, Jesús María*/Miró Llinares, Fernando* (dirs.), La teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid, La Ley, 2013.
- Silva Sánchez, Jesús María*, Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal, en: Fernández Teruelo, Javier Gustavo (dir.): Estudios

penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, Oviedo, *Constitutio Criminalis Carolina*, 2013, pp. 715-726.

- Silva Sánchez, Jesús María*, Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación, *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 1, 2013, pp. 549-572.
- Torres Fernández, M^a Elena*, Breves reflexiones sobre el tratamiento penal de la violencia de género en las relaciones de pareja, en: Bravo Bosch, M^a José/Rodríguez López, Rosalía (eds.), Madrid, Dykinson, 2011, pp. 623-648.
- Vega Gutiérrez, José Zamy*, Problemas de tipicidad en las modalidades de insider trading (art. 285 CP), *La Ley Penal*, 84, 2011, pp.44-70.
- Vega Gutiérrez, José Zamy*, Naturaleza dogmática de los límites cuantitativos en los delitos económicos: especial referencia al delito de uso de información privilegiada bursátil, *Revista de Derecho (UCA de Nicaragua)*, 16, 2012.
- Vega Gutiérrez, José Zamy*, Valoración político-criminal del *insider trading* como delito económico: La reforma por LO 5/2010, una oportunidad perdida, *Revista Jurídica de la Univ. Autónoma de Madrid*, 25, 2012, pp. 211-229.
- Vega Gutiérrez, José Zamy*, Mercado de Valores en Derecho penal. *Abuso de información privilegiada bursátil: “Insider Trading”*, Argentina-Madrid, Edisofer/Bdef, 2013.
- Vidales Rodríguez, Caty*, Trabajos en beneficio de la comunidad (art. 49), en: Álvarez García, Francisco Javier/González Cussac, José Luis* (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 107-110.

3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP

La relación de intervenciones de miembros de la FICP en estos actos en los últimos años, iniciada en el nº 2013-1 de Foro FICP, se irá completando en números posteriores

– **Ponencias en seminarios, congresos o cursos. Conferencias:**

- 12 de marzo de 2010. Conferencia de la Prof. Dra. M^a Ángeles Rueda Martín: “Libertad de expresión y protección penal de la intimidad y el honor”. Congreso “Persona: derechos y límites. IX Jornadas”, organizado por el grupo de

investigación *Ius Familiae* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Zaragoza (España).

- 17 de mayo de 2010. Conferencia inaugural de la Prof. Dra. M^a Ángeles Rueda Martín: “Los delitos contra la intimidad de los menores en internet”. II Congreso estatal sobre los derechos de los menores ante las nuevas tecnologías. Intimidad y delitos informáticos contra los menores, organizado por el Govern de les Illes Balears, Conselleria d’Àfers Socials, Promoció i Immigració, Oficina de Defensa dels Drets del Menor. Universidad de las Islas Baleares.
- 10 de junio de 2010. Ponencia del Prof. Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. XIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 10 de junio de 2010. Ponencia de la Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas: “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el PRCP 2009”. XIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 10 de junio de 2010. Ponencia del Prof. Dr. Fernando de la Fuente Honrubia: “Consecuencias jurídicas del delito aplicables a personas jurídicas y entidades colectivas”. XIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 10 de junio de 2010. Ponencia del Prof. Dr. Manuel Cancio Meliá: “El consentimiento del paciente en el tratamiento médico”. XIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 10 de junio de 2010. Ponencia de los Profs. Dres. Javier de Vicente Remesal y Virxilio Rodríguez Vázquez: “Consentimiento presunto e instrucciones previas”. XIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 11 de junio de 2010. Ponencia del Prof. Dr. José Zamyra Vega Gutiérrez: “La cuantía del beneficio-perjuicio del uso de información privilegiada: ¿resultado típico o condición objetiva de punibilidad?”. XIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 11 de junio de 2010. Ponencia de D.^a Susana Escobar Vélez: “Algunos problemas fundamentales de la responsabilidad penal por productos defectuosos”. XIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).

- 11 de junio de 2010. Ponencia del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón: “La justificación de las leyes penales”. XIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 11 de junio de 2010. Ponencia del Prof. Dr. Juan Antonio García Amado: “Derecho penal: ¿cuestión de principios?”. XIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 11 de junio de 2010. Ponencia de la Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer: “Algunos aspectos controvertidos de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores: especial relevancia del principio acusatorio en la jurisdicción de menores”. XIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 11 de junio de 2010. Ponencia de la Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales: “El cambio de principios en la Ley orgánica de Responsabilidad Penal de Menores: hacia un Derecho Penal de la Seguridad”. XIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 25 de julio – 1 de agosto de 2010. Ponencia de los Profs. Dres. Rueda Martín y Boldova Pasamar: “The criminal liability of the legal persons in the Spanish criminal law”. XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law, organizado por la Asociación Europea de Derecho Comparado. Washington (EE.UU).
- 16 de septiembre de 2010. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Santiago Mir Puig: “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”. XI Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, organizado por la Universidad de León y la FICP. León (España).
- 29 de septiembre de 2010. Ponencias del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón: “Participación de regreso y participación” e “Imputación objetiva y autoría (riesgo permitido)”. Congreso Internacional de Derecho Penal, organizado por la Fiscalía General de la Nación. Bogotá (Colombia).
- 1 de octubre de 2010. Conferencia del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón: “El Derecho Penal juvenil, entre el “interés del menor” y el control social”. Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT. Medellín (Colombia).
- 9 de noviembre de 2010. Conferencia de la Prof. Dra. M^a Dolores Machado: “Normativa y aplicación de la legislación en menores infractores”. Curso de

experto universitario en menores infractores (IV edición), organizado por la Universidad de Almería. Almería (España).

- 18 de noviembre de 2010. Conferencia del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón: “La responsabilidad penal de los administradores y directivos de las sociedades mercantiles”. Jornadas de Derecho Penal económico, organizadas por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Las Palmas de Gran Canaria (España).
- 28 de marzo – 6 de junio de 2011. Conferencias on-line de la Prof. Dra. M^a Dolores Machado: “Globalización, fenómenos migratorios y Derecho Penal Internacional: el delito de trata o de tráfico de personas con fines de explotación sexual”. Máster en Derecho Penal Internacional, organizado por la Universidad de Granada y el Instituto de Altos Estudios Universitarios.
- 9 de abril de 2011. Conferencia del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón: “La crisis legal. Del garantismo al populismo”. Congreso “Crisis. What crisis!! Ética, Derecho y justicia ante la supremacía de los cheques”, organizado por el Consejo de la Mocedad del Principáu d'Asturies. Oviedo (España).
- 25 y 26 de abril de 2011. Ponencia de la Prof. Dra. M^a Ángeles Rueda Martín: “Nuevas tendencias del Derecho penal”. Jornadas “Imputación objetiva y Delitos de dominio versus delito de infracción de deber”, organizadas por el Departamento de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (dir. Prof. Dr. Edgardo Donna). Buenos Aires (Argentina).
- 29 y 30 de abril de 2011. Ponencia de la Prof. Dra. M^a Ángeles Rueda Martín: “La teoría del delito ante el Derecho Penal Económico (I)”. Carrera de postgrado “Especialización en criminalidad socio-económica”, organizada conjuntamente entre la Universidad de Castilla-La Mancha y la Universidad Nacional de Mar de Plata (dir. Prof. Dr. García Rivas y Prof. Mg. Riquert). Facultad de Derecho de la Universidad de Mar de Plata (Argentina).
- 16 de junio de 2011. Ponencia del Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal: “La nueva regulación del delito urbanístico tras la reforma del Código Penal por la LO 5/2010, de 22 de junio”. XIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 16 de junio de 2011. Ponencia del Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo: “Reflexiones sobre el delito de dopaje”. XIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 17 de junio de 2011. Ponencia del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón: “La impunidad como práctica interpretativa: sobre el desprecio de la jurisdicción

penal por el Derecho internacional de los derechos humanos”. XIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).

- 17 de junio de 2011. Ponencia del Prof. Dr. Manuel Cancio Meliá: “Militancia política, datos reservados y delitos contra la intimidad. Comentario al caso SER”. XIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 17 de junio de 2011. Ponencia del Prof. Dr. Fernando de la Fuente Honrubia: “¿Es exigible un elemento subjetivo específico del injusto en los delitos relativos a la violencia de género? Análisis de la jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales”. XIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 17 de junio de 2011. Ponencia de la Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales: “La corrupción entre particulares: un nuevo tipo en el Código penal”. XIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 17 de junio de 2011. Ponencia del Prof. Dr. José Luis González Cussac: “Responsabilidad penal directa de las personas jurídicas”. XIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 26 de julio de 2011. Conferencia del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón: “Terrorismo, antiterrorismo y normalización política”. Curso “Análisis, a través del cine, de la responsabilidad penal por homicidios y asesinatos”. Organizado por la Universidad de Oviedo. Oviedo (España).
- 15 de septiembre de 2011. Ponencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo: “Avances de la medicina y Derecho penal”. XII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de León. León (España).
- 17 de octubre de 2011. Participación en mesa redonda del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón: “Medios e instrumentos jurídicos facilitadores de la reinserción social”. XIX Encuentro con la Sociedad – Unidad Terapéutica y Educativa “Espacio Libre”. Centro Penitenciario de Villabona. Asturias (España).
- 24 de octubre de 2011. Ponencia de la Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer: “La reparación del daño a la víctima: repercusiones prácticas en el ámbito de la mediación penal. La atenuante de reparación del daño”. II Encuentro de

formación con los servicios de mediación intrajudicial de Donostia y Pamplona. Pamplona (España).

- 9 de noviembre de 2011. Ponencia de la Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer: “La contaminación acústica como delito”, con motivo de las X Jornadas de Estudio “El Derecho contra el ruido”, organizada por la Universidad Pública de Navarra. Facultad de Ciencias Jurídicas, Pamplona (España).
- 11 y 18 de noviembre de 2011. Ponencia de la Prof. Dra. M^a Ángeles Rueda Martín: “La lucha contra la cibercriminalidad en el Código penal tras la reforma de 2010”. Jornadas sobre “Las últimas reformas del Código Penal”, organizadas por el Grupo de Estudios Penales, la Facultad de Derehco y la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de Zaragoza. Zaragoza (España).
- 25 de noviembre de 2011. Ponencia de la Prof. Dra. M^a Dolores Machado Ruiz: “Derecho y lucha contra la trata”. Jornada de reflexión sobre el abordaje de la trata de personas para la prostitución en España, organizadas por el CEMyRI de la Universidad de Almería. Almería (España).
- 16 de febrero de 2012. Conferencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo: “Universitat-Sistema de Justicia i policia”. Curs d’Extensió Universitària Policia i Sistema Penal, XIV Edició. Universidad de Barcelona, Barcelona (España).
- 2 de marzo de 2012. Ponencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo: “ADN i control: perspectives de futur”. Congreso “ADN i investigació criminal: Aspectes científics, ètics, policials i judicials”. Universidad de Barcelona, Barcelona (España).
- 20 de marzo – 1 de junio de 2012. Conferencias on-line de la Prof. Dra. M^a Dolores Machado: “Globalización, fenómenos migratorios y Derecho Penal Internacional: el delito de trata o de tráfico de personas con fines de explotación sexual”. Máster en Derecho Penal Internacional, organizado por la Universidad de Granada y el Instituto de Altos Estudios Universitarios.
- 15 de marzo de 2012. Conferencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo: “Protección penal de la libertad de expresión e información”. Semana de Constitucional. Auditorio de la Escuela Judicial. Barcelona (España).
- 21 de marzo de 2012. Ponencia de la Prof. Dra. M^a Ángeles Rueda Martin: “¿Se pueden aplicar penas y sanciones disciplinarias al mismo sujeto que ha cometido un hecho desvalorado por el Derecho penal y el Derecho disciplinario?”. Mesa redonda sobre “Pronósticos, penas, medidas”. XIX Congreso de Estudiantes de Ciencias Penales, organizado por la AINED y el Departament de Dret Penal i Ciències Penals de la Universitat de Barcelona. Barcelona (España).

- 22 de marzo de 2012. Participación en mesa redonda del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón: “Corrupción pública: diagnóstico”. XIX Congreso de Estudiantes de Ciencias Penales, organizado por la AINED y el Departament de Dret Penal i Ciències Penals de la Universitat de Barcelona. Barcelona (España).
- 18 de abril de 2012. Conferencia de la Prof. Dra. Corcoy Bidasolo: “ADN Forense en la legislación y doctrina española”. Seminario de Doctorado en Derecho penal y Procesal penal (dir. Daniel Pastor), Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires (Argentina).
- 18 de abril de 2012. Conferencia de la Prof. Dra. Corcoy Bidasolo: “Garantías penales: el principio de culpabilidad”. Jornada de Apertura de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Austral. Ushuaia (Argentina).
- 25 de abril de 2012. Ponencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo: “Selectividad penal expansionista”. Seminario de Derecho Penal, organizado por el Instituto Uruguayo de Derecho Penal. Universidad de la República. Montevideo (Uruguay).
- 26 de abril de 2012. Ponencia de la Prof. Dra. M^a Ángeles Rueda Martín: “El Caso del Nani”. Jornada sobre “Casos que han hecho doctrina en Derecho Penal”, organizada por el Área de Derecho Penal de la UPV/EHU y subvencionada por el Vicerrectorado de Investigación de la UPV. Bilbao (España).
- 26 de abril de 2012. Ponencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo: “*Favor libertatis versus Favor securitatis. In dubio pro reo versus in dubio contra reo*”. Departamento de Derecho penal y procesal penal. Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires (Argentina).
- 9 de mayo y 5 de octubre de 2012: Ponencias de la Prof. Dra M^a Dolores Machado Ruiz: “La tutela penal frente a la discriminación” y “La regulación penal contra la discriminación” respectivamente. Jornadas de formación de la Guardia Civil, organizadas por la Comandancia de la Guardia Civil en Almería (España).
- 9 de mayo de 2012. Participación como moderadora de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo en la conferencia “Proceso y neurociencia” del Prof. Dr. Michele Taruffo. Máster de Derecho penal y Ciencias penales. Universidad de Barcelona, (España).
- 9 de mayo de 2012. Ponencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo: “Violència (es) contra la dona, respostes del sistema penal”. Jornada “Gènere i sistema penal”, organizada por Observatori Sistema penal i drets humans de la UB, Departament de Dret penal i CC PP de la UB, Màster oficial en Criminologia, Política criminal i de seguretat, Màster oficial en Criminologia i

sociologia juridicopenal, Ensenyaments criminològics i de la seguretat de la Facultat de Dret de la UB, Escola de Postgrau. Universidad de Barcelona, Barcelona (España).

- 14 de mayo de 2012. Participación en mesa redonda del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón: “La amnistía fiscal”. Academia Asturiana de Jurisprudencia. Oviedo (España).
- 29 de mayo de 2012. Ponencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo: “La violenza di genere nell Diritto penale spagnolo”. Jornadas “Profili civile e penali della violenza di genere in Italia e Spagna”. V.E.G.A.-Universidad de Verona (Italia).
- 7 de junio de 2012. Ponencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo: “Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales”. XV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 7 de junio de 2012. Ponencia del Prof. Dr. Manuel Cancio Meliá: “La nueva regulación de la criminalidad organizada”. XV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 7 de junio de 2012. Ponencia de la Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer: “El tratamiento del exceso de ruido en la jurisprudencia penal: breve análisis de un sonoro despropósito”. XV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 8 de junio de 2012. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h. c. Diego-Manuel Luzón Peña: “Libertad, culpabilidad y neurociencias”. XV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 8 de junio de 2012. Ponencia del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón: “Amnistía fiscal: injusta, inconstitucional y político-criminalmente desastrosa”. XV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 8 de junio de 2012. Ponencia de la Prof. D.^a Paz Francés Lecumberri: “El bien jurídico en el delito de falseamiento de las cuentas anuales de las sociedades, art. 290 CP”. XV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 8 de junio de 2012. Ponencia del Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal: “Seguridad del paciente: presupuestos sistemáticos para la adopción de medidas

clínicas y jurídicas de prevención de eventos adversos”. XV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).

- 13 de septiembre de 2010. Ponencia de la Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer: “Libertad de expresión, Derecho penal y desaliento”. XIII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, organizado por la Universidad de León y la FICP. León (España).
- 27 y 28 de septiembre de 2012. Ponencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo: “Neurociencia e imputabilidad”. Jornada sobre Neurociencia y Derecho penal, organizada por el Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales, la Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho y los Estudios Criminológicos y de la Seguridad de la Universidad de Barcelona. Barcelona (España).
- 22 de octubre de 2012. Conferencia de la Prof. Dra. Demelsa Benito Sánchez: “The principle of Universal Jurisdiction under Spanish Criminal Law”. Universidad de Colonia, Colonia (Alemania).
- 8 y 9 de noviembre de 2012. Conferencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo: “Autoría y participación”. Máster Internacional de Especialización de Derecho Penal, organizado por el Instituto Andaluz de Criminología, Universidad de Sevilla. Sevilla (España).
- 12 y 13 de noviembre de 2012. Ponencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo: “Globalización y crisis de derechos fundamentales”. Seminario “Orden constitucional global y Derecho penal”, organizado por el Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales, la Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho y los Estudios Criminológicos y de la Seguridad de la Universidad de Barcelona. Barcelona (España).
- 15 de diciembre de 2012. Conferencia de la Prof. Dra. Demelsa Benito Sánchez: “Conclusiones más importantes a las que se ha llegado en el Proyecto “Principio de justicia universal: fundamento y límites”. Curso extraordinario “Justicia penal internacional: presente y futuro. Universidad de Salamanca. Salamanca (España).
- 28 de febrero de 2013. Ponencia del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón: “Teorías criminológicas de explicación del delito”. Congreso “La criminología a través del cine”. Universidad de Oviedo. Oviedo (España).
- 29 y 30 de enero de 2013. Conferencias de la Prof. Dra. Demelsa Benito Sánchez: “La corrupción de agentes públicos extranjeros e internacionales” y “La nueva dimensión de la corrupción y su tratamiento en los instrumentos supranacionales”. XXXIII Cursos de especialización en Derecho: crimen

organizado, corrupción y terrorismo. Fundación General de la Universidad de Salamanca. Salamanca (España).

- 5 de marzo de 2013. Conferencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo: “Cuestiones legales en anestesiología”. Servei d'Anestesiologia, Reanimació y Terapèutica del Dolor, Hospital del Mar. Barcelona (España).
- 5 de marzo de 2013. Conferencia del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón: “¿Cuánto castigo penal?”. Congreso “La vida y las normas. El Derecho que (nos) está pasando”. Universidad de Oviedo. Avilés (España).
- 6 de marzo de 2013. Participación como moderadora de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo en la conferencia del Prof. Dr. Adán Nieto Martín “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación, en el Derecho penal de empresa”. Foro permanente de discusión científica. Proyecto de Investigación “Nuevos desafíos del Derecho penal ante el fraude de consumidores”. Universidad de Barcelona, Barcelona (España).
- 19 de marzo – 28 de mayo de 2013. Conferencias on-line de la Prof. Dra. M^a Dolores Machado: “Globalización, fenómenos migratorios y Derecho Penal Internacional: el delito de trata o de tráfico de personas con fines de explotación sexual”. Máster en Derecho Penal Internacional, organizado por la Universidad de Granada y el Instituto de Altos Estudios Universitarios.
- 21 de marzo de 2013. Ponencia del Prof. Dr. Manuel Cancio Meliá: “Imputación a la víctima”. XX Congreso de estudiantes de Derecho Penal. Organizado por la AINED y el Departament de Dret Penal i Ciències Penals de la Universitat de Barcelona. Barcelona (España).
- 21 de marzo de 2013. Ponencia del Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo: “Delitos contra la libertad sexual”. XX Congreso de estudiantes de Derecho Penal. Organizado por la AINED y el Departament de Dret Penal i Ciències Penals de la Universitat de Barcelona. Barcelona (España).
- 21 de marzo de 2013. Ponencia de la Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales: “Delincuencia imprudente: tráfico viario, trabajo y medicina”. XX Congreso de estudiantes de Derecho Penal. Organizado por la AINED y el Departament de Dret Penal i Ciències Penals de la Universitat de Barcelona. Barcelona (España).
- 16 de abril de 2013. Conferencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo: “Constitución y sistema penal”. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona (España).

- 23 de abril de 2013. Conferencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo: “Violencia de género y violencia doméstica. Algunas reflexiones de política-criminal”. Universidad de Santo Tomás, Bogotá (Colombia).
- 25 de abril de 2013. Ponencia de la Prof. Dra. M^a Ángeles Rueda Martín: “La violencia contra la mujer en su relación de pareja”. Curso sobre “Problemas actuales de criminología”. Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud, Zaragoza (España).
- 25-27 de abril de 2013. Conferencias de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo: “Política criminal contemporánea. Parte General”, “Política criminal contemporánea. Parte Especial” y “Política criminal contemporánea. Conclusiones”. Magister en Derecho penal. Universidad de Santo Tomás. Bogotá (Colombia).
- 3-5 de mayo de 2013. Conferencias de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo: “Crisis de las garantías constitucionales y expansión del Derecho Penal”, “Evolución de la Teoría del delito. Una perspectiva histórica”, “Evolución de la Teoría del delito. El funcionalismo”. Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso (Chile).
- 8 de mayo de 2013. Conferencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo: “Autoría y participación en la delincuencia de empresa”. Universidad Austral, Buenos Aires (Argentina).
- 11 de mayo de 2013. Conferencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo: “Protección penal del medio ambiente”. Escuela Judicial. Poder Judicial de Tierra de Fuego e Islas del Atlántico Sur, Ushuaia (Argentina).
- 6 de junio de 2013. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Francisco Muñoz Conde: “La autoría mediata por control de aparato de poder y la elaboración jurídica del pasado”. XVI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 6 de junio de 2013. Ponencia del Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal: “Responsabilidad profesional del médico interno residente: M.I.R”. XVI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 6 de junio de 2013. Ponencia del Prof. Dr. José Zamyra Vega Gutiérrez: “Reflexiones en torno a la Ley nº 779, de violencia contra la mujer en la legislación nicaragüense”. XVI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).

- 7 de junio de 2013. Ponencia del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón: “Delitos de manipulación de precios en los mercados de valores”. XVI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 7 de junio de 2013. Ponencia de la Prof. Dra. Isabel Durán Seco: “La responsabilidad penal del Rey. Una cuestión que ha de someterse a debate”. XVI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 7 de junio de 2013. Ponencia del Prof. Dr. José Zamyra Vega Gutiérrez: “El nuevo delito de estafa de inversores (art. 282 bis CP) y sus relaciones con otras figuras afines”. XVI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 7 de junio de 2013. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Berdugo Gómez de la Torre: “Desafíos actuales del Derecho penal. Una reflexión político criminal”. XVI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 7 de junio de 2013. Ponencia del Prof. Dr. Juan Pavía: “El comiso ampliado como instrumento para la lucha contra las formas graves de delincuencia”. XVI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).
- 7 de junio de 2013. Ponencia del Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo: “Constitución y sanción penal”. XVI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por la FICP y la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares (España).

– ***Organización de seminarios y congresos:***

- Marzo/abril de 2011, 2012, 2013. XVIII, XIX y XX Congresos de estudiantes de Derecho Penal. Organizado por la AINED y el Departament de Dret Penal i Ciències Penals de la Universitat de Barcelona. Coordinación: Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo. Con intervención, entre otros, de patronos y socios de la FICP.
- 4 y 5 de junio de 2010. Symposium Strafrecht und Neurowissenschaften. Organizado por Hanse-Wissenschaftskolleg – Institute for Advanced Study (dirs. Profs. Dres. Demetrio Crespo y Grischa Merkel). Delmenhorst (Alemania).
- 30 de septiembre y 1 de octubre de 2010. Seminario Internacional “Derecho penal y Neurociencia”. Organizado por la Universidad de Barcelona (dirs. Profs.

Demetrio Crespo y Corcoy Bidasolo, coord. Prof. Dr. Gómez Martín). Barcelona (España).

- 3 y 4 de febrero de 2011. Seminario “Constitucionalismo, Teoría del Derecho y modelo de Derecho penal”. Organizado por el Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales (dir. Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Santiago Mir Puig). Barcelona (España).
- 6-8 de julio de 2011. Jornada sobre “La reforma del Codi Penal (LO 5/2010): text i context”. Organizado por la Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal y Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona (dir. Profs. Dres. Corcoy Bidasolo y Gómez Martín). Barcelona (España).
- 29 y 30 de septiembre de 2011. Seminario Internacional “Neurociencias y Derecho penal”. Organizado por la Universidad de Castilla-La Mancha (dir. Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo). Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo. Toledo (España).
- 11 y 18 de noviembre de 2011. Jornadas sobre “Las últimas reformas del Código Penal”. Organizadas por el Grupo de Estudios Penales, la Facultad de Derehco y la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de Zaragoza (coord. Prof. Dra. M^a Ángeles Rueda Martín). Zaragoza (España).
- 16 de diciembre de 2011. Jornada “Els delictes d’odi i discriminació: un debat multidisciplinar”. Organizado por el Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales, la Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho y los Estudios Criminológicos y de la Seguridad de la Universidad de Barcelona (dirs. Profs. Dres. Corcoy Bidasolo y Gómez Martín).
- 12 y 13 de noviembre de 2012. Seminario “Orden constitucional global y Derecho penal”. Organizado por el Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales, la Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho y los Estudios Criminológicos y de la Seguridad de la Universidad de Barcelona (dirs. Profs. Dres. Mir Puig, Corcoy Bidasolo y Gómez Martín). Barcelona (España).
- 15 y 16 de noviembre de 2012. Seminario “*Compliance* y responsabilidad penal de la empresa”. Organizado por el Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales, la Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho y los Estudios Criminológicos y de la Seguridad de la Universidad de Barcelona (dirs. Profs. Dres. Corcoy Bidasolo, Gómez Matín, Hortal Ibarra). Barcelona (España).
- 6-7 de junio de 2013. XVI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, sobre “*Derecho penal general y de empresa*”. Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá. Director: Prof. Dr. Dr. h. c. Diego-M. Luzón Peña, Coorganizado por el Área de Derecho Penal, Univ. de Alcalá y la FICP.

Coordinadores: Prof. Dres. Raquel Roso, J. Zamyra Vega Gutiérrez y Prof. E. Luzón Campos. Ponentes invitados especiales: Profs. Dres. Francisco Muñoz Conde, Ignacio Berdugo y Eduardo Demetrio Crespo, también socios de la FICP. Ponentes: Profs. Dres. Javier de Vicente Remesal, Marta García Mosquera, J. Zamyra Vega Gutiérrez, José Manuel Paredes Castañón, Isabel Durán Seco, Juasn Pavía Cardell. El programa y las actas del Seminario se publican en nuestra web www.ficp.es en las secciones de *Publicaciones* y *Noticias* y *Cursos*. Sobre anteriores ediciones de este Seminario v. esas secciones y el nº 2013-1 de Foro FICP.

- 12-13 de septiembre de 2013. XIV Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, sobre “Presunción de inocencia: problemas y límites”. Facultad de Derecho, Universidad de León (España). Directores: Profs. Dres. Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado, Catedráticos, respectivamente, de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Coorganizado por las Áreas de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho de la Univ. de León y la FICP. Ponentes los Profs. Dres. Daniel González Lagier, Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Emilio Cortés Bechiarelli y Juan Igartua Salavarría. El programa, cartel y las actas del Seminario se publican en nuestra web www.ficp.es en las secciones de *Publicaciones* y *Noticias* y *Cursos*. Sobre anteriores ediciones de este Seminario v. esas secciones y el nº 2013-1 de Foro FICP.
-